Wer ist in den Prozessen, welche durch den Konkursverwalter aktiv oder passiv geführt werden, als Partei zu bezeichnen?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock in Mecklenburg

vorgelegt von

Julius Bitter

Referendar aus Lohne in Oldenburg.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1912.

Referent: Professor Dr. Wachenfeld

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Altvater in der Mecklenburgischen Zeitschrift Bd. 1.

Bandorf, Der Einfluß der Konkurseröffnung auf die Geschäfts-Prozeßfähigkeit und Sachlegitimation. Würzburger Diss. 1909.

Bekker, Pandekten. Bd. 1.

Bunsen in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 26.

Biermann in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 34.

v. Canstein in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht Bd. 9.

Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht. 1884.

Denk, Die Befugnis des Konkurs- und Zwangsverwalters zur Fortsetzung des Gewerbebetriebes an Stelle des Schuldners. Würzburger Diss. 1910.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. 1882.

Eccius in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht Bd. 33.

Ehmann, Der Parteibegriff der Zivilprozeßordnung. 1898.

Endemann, Das deutsche Konkursverfahren. 1889.

Endemann, Bürgerliches Gesetzbuch (Einführung). Bd. 1. 1903.

Endemann in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 12.

Engelmann, Der deutsche Zivilprozeß. 1901.

Fierich in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht Bd. 16.

Fischer in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 10.

Fischer, Recht und Rechtsschutz. 1889.

Fischer, Preußisches Privatrecht. 1887.

Fischer im Jahrbuch für Dogmatik Bd. 24.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe mit Anmerkungen. 1909.

Fitting, Reichskonkursordnung. 1904.

Fitting, Der Reichszivilprozeß. 1907.

Fraeb, Beitrag zur Lehre von dem Parteibegriff und der Parteivertretung im modernen Strafverfahren. 1905.

Förster-Eccius, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 1892.

Freudenthal, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 7. Aufl.

Fuchs, Deutscher Konkursprozeß. 1877.

Fuchs in Gruchots Beiträgen usw. Bd. 38.

Frank in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 13.

Gallinger, Die Rechtsstellung des Konkursverwalters und der Gläubiger bei Feststellung einer Konkursforderung. Erlanger Diss. 1896.

Gaupp, Zivilprozeßordnung. Bd. 1. 1890.
Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung (Einführungsgesetz). 1904.
Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung. Bd. 1. 1906.
Gierke, Deutsches Privatrecht. 1893.
Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Zivilprozeßrechts. 1904.
Grupe, Wesen und Wirkung der Gläubigeranfechtung im Konkurse. Rostocker Diss. 1910.
Grützmann, Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Gläubiger. 1882.
Hahn, Materialien zur Konkursordnung. 1898.
Hahn, Der Parteibegriff im heutigen Zivilprozeß. Heidelberger Diss. 1909.
Hartmann, Gesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkurses. 1892.
Heilfron, Lehrbuch des Konkursrechts. 1905.
Heilfron, Bürgerliches Recht. Bd. 1. 1908.
Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. 1907.
Hellmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1886.
Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. 1903.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.
Henrici im Sächsischen Archiv Bd. 2.
Hinze in Goltdammers Archiv Bd. 24.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 1904 u. 1911.
Jaeger, Konkursordnung. 1902.
Jaeger, Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses. 1905.
Jäckel, Die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkurses. 1889.
Jäckel, Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 3. Aufl. 1909.
Juristische Wochenschrift. 1901.
Kaatz, Einwirkungen des Konkurses auf gegenseitige Verträge bei teilweiser Erfüllung seitens des Gemeinschuldners und Ablehnung weiterer Erfüllung durch den Konkursverwalter. Rostocker Diss. 1907.
Kiehl in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 30.
Kleinfeller, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. 1905 u. 1910.
Kohler, Konkursordnung. 1891.
Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts. 1903.
Kohler im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 81.
Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis. 1888.
Kohler in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 12.
Korn, Anfechtungsrecht von Rechtshandlungen der Schuldner in und außer dem Konkurse. 1885.
Kraly, Der Konkursverwalter nach der deutschen Konkursordnung. 1885.
Krech u. **Fischer**, Kommentar zum preußischen Gesetz betr. Zwangsvollstreckung in Immobilien. 1883.
Leonhard, Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 1900.

Levy in Gruchots Beiträgen Bd. 37.
Linde in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß Bd. 15.
Lippmann in Iherings Jahrbüchern Bd. 41.
Maguhn, Die rechtliche Stellung des Konkursverwalters nach der Reichskonkursordnung. Rostocker Diss. 1901.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1900.
v. Mandry, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 1885.
Mayer, Der Tod des Gemeinschuldners im anhängigen Konkursverfahren. Erlanger Diss. 1900.
Mitteis, Lehre von der Stellvertretung. 1885.
Nielsen, Die Rechtsstellung des Gemeinschuldners in den vom Konkursverwalter geführten Prozessen. Rostocker Diss. Borna-Leipzig 1910.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 1909.
Ötker, Konkursrechtliche Grundbegriffe. 1891.
Ötker in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 14 u. 25.
Ötker im Juristischen Literaturblatt 1890 Bd. 2.
Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 1908.
Oberlandesgericht Hamburg in Seufferts Archiv Bd. 38.
Oberlandesgericht Nürnberg in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 9.
Oberstes Landesgericht München in Seufferts Archiv Bd. 46.
Petersen in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 8, 9, 18.
Petersen-Anger, Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1899.
Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1900.
Petersen-Kleinfeller im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht Bd. 1.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 2.—4. Aufl. 1903—1907.
Planck, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. 1887.
Pollack, Das Konkursrecht. 1897.
Reichsgerichtsentscheidungen Bd. 2, 7, 19, 26, 27, 29, 33, 35, 41, 47, 52.
Rintelen, Das Konkursrecht. Systematischer Kommentar. 1902.
Rosenthal, Die Sachlegitimation. 1903.
v. Sarwey-Bossert, Konkursordnung. 1901.
Schmidt, R., Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. 1898 u. 1906.
Schmidt, R., in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 29.
Schollmeyer, Zwischenstreit unter den Parteien. 1880.
Seckt, Ein Beitrag zur Lehre von der Testamentsvollstreckung. Rostocker Diss. 1899.
Seuffert, Konkursordnung. 1899.
Seuffert, Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts. 1888.
Schultze, Deutsches Konkursrecht. 1880.
Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung. Handausgabe. 1910.
Sydow-Busch, Konkursordnung und Anfechtungsgesetz. 1906.
Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch. 5./6. Aufl. 1903 u. 1909/10.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. 1885.
Strohal, Erbrecht. 2. Aufl. 1901.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. 13 u. 14.
Stegemann in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 17.
Stieglitz, Konkursordnung. 1879.
Struckmann-Koch, Konkursordnung. 1900.
Thiele im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 82.
Thiele in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 39.
Voigt, Der Einfluß des Konkurses auf die schwebenden Prozesse des Gemeinschuldners. Leipziger Diss. 1903.
Voß im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 71.
Voß in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 34.
v. Völderndorff, Konkursordnung. 1879.
Wach, Handbuch des Zivilprozeßrechts. 1885.
Wach, Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung. 1879.
Wach, Gutachten für den 19. Deutschen Juristentag. II.
Wächter, Die materielle Seite des Konkurses. 1882
Wengler, Konkursordnung. 1879.
Weismann, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. 1903.
Weismann, Hauptintervention und Streitgenossenschaft. 1884.
Welck in Gruchots Beiträgen usw. Bd. 36.
Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses. 1878.
Willenbücher, Die Reichskonkursordnung und ihre Ergänzungsgesetze. 1896.
v. Wilmowski-Levy, Konkursordnung. 4. Aufl.
v. Wilmowski-Levy, Reichskonkursordnung. 1878.
Wolff, Konkursordnung. 1900.
Wolff, Absonderungsrecht im Konkurse mit besonderer Berücksichtigung des preußischen und gemeinen Rechts. 1892.
Wolff in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 22.
Zorn, Reichsstaatsrecht. Bd. 1.

§ 1.

Einleitung.

Ein flüchtiger Blick auf die Reichskonkursordnung genügt, um zu erkennen, daß der Konkursverwalter die bewegende Kraft des ganzen Verfahrens ist. Von seiner Pflichttreue und Einsicht hängt die gedeihliche Entwicklung des Einzelkonkurses in letzter Linie allein ab. Seine Macht und sein Recht entnimmt der Konkursverwalter aus dem § 6 KO., welcher lautet: Mit der Eröffnung des Verfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen.

Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch einen Konkursverwalter ausgeübt.

In diesem § 6 KO. sind zwei wichtige Fragen enthalten, über deren Lösung seit langem ein Streit in der Literatur herrscht. Es steckt darin einmal die materiellrechtliche Frage: übt der Konkursverwalter das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die Konkursmasse als Vertreter des Gemeinschuldners aus, oder übt er es aus in eigenem Namen kraft Amtes? Es liegt darin zweitens die zivilprozessuale Frage: Ist der für Rechnung der Konkursmasse prozessierende Verwalter gesetzlicher Parteivertreter, und wer ist in diesem Falle die vertretene Partei, oder ist er etwa selber die Partei im Sinne der Zivilprozeßordnung? Die Erörterung dieser letzteren zivilprozessualen Frage, wer in den durch den Konkursverwalter aktiv oder passiv geführten Prozessen die Parteistellung innehat, wird den Gegenstand der folgenden Abhandlung bilden.

§ 2.

Was bedeutet der Begriff „Partei" und welche notwendigen Eigenschaften muß eine Partei haben?

Im Sinne des positiven Rechts kann Partei offenbar nur das Rechtssubjekt sein, auf welches die wesentlichen Parteivorschriften

der Zivilprozeßordnung anwendbar sind. Zur Lösung der Streitfrage, wer in den Prozessen, die durch den Konkursverwalter aktiv oder passiv geführt werden, als Partei zu bezeichnen ist, ist es deshalb unumgänglich notwendig, zunächst festzustellen, was unter „Partei" überhaupt zu verstehen ist, und welche notwendigen Eigenschaften die Parteien nach dem Gesetz haben müssen.

Der Parteibegriff selbst wird, wie viele andere Rechtsbegriffe, im Gesetz nicht definiert. Die Wissenschaft dagegen hat für den Parteibegriff die verschiedensten Definitionen aufgestellt. So sagt z. B. R. Schmidt[1]: „Parteien nennt der Sprachgebrauch zwei Personen, die im Gegensatz zueinander ein Sonderinteresse verfolgen, verschiedenen Zwecken nachgehen". Hiernach gehört zum Begriff der Partei ein Doppeltes, nämlich daß sie Träger eines Interesses sind, d. h. daß mit Wirkung für und gegen sie Vorteile bezw. Nachteile erstrebt werden, und daß sie Träger eines Sonderinteresses sind, d. h. daß sie in den von ihnen erstrebten Wirkungen miteinander in Gegensatz stehen. Nach früherem Rechte galten als Parteien nur die Subjekte des in Streit befangenen materiellen Rechts. Es waren mithin die Parteien oder Prozeßsubjekte identisch mit den Subjekten des streitigen Rechtsverhältnisses, was zur Folge hatte, daß als Kläger und Beklagter nur der angeblich Berechtigte und der angeblich Verpflichtete eines Rechtsverhältnisses denkbar waren. Wenngleich natürlich auch jetzt noch diese Fälle die Regel bilden, so sind doch auch andere Personen als Parteien anerkannt. Wären die ersten Fälle allein denkbar, dann müßte die Parteistellung im Prozeß notwendig zusammenfallen mit der Sachlegitimation, welche zerfällt in Aktiv- und Passivlegitimation. Sachlegitimation ist das Recht einer Partei, einen Anspruch gerichtlich zu verfolgen oder abzuwehren. Hellwig[2] nennt dieses Recht ganz passend Prozeßführungsrecht. Aktiv legitimiert ist im Prozeß derjenige, welcher zur Geltendmachung des erhobenen Anspruchs in Wirklichkeit berechtigt ist, also in der Regel derjenige, dem das Recht, z. B. Eigentum, Forderung oder elterliche Gewalt, zusteht, dessen Feststellung oder Durchführung die Klage bezweckt.

---

[1] Lehrb. d. ZPR. S. 310.

[2] Lehrb. d. ZPR. Bd. 1 S. 155.

Passiv legitimiert ist derjenige, dem eine Pflicht aus dem Rechtsverhältnis obliegt, z. B. der Besitzer der Sache oder der Schuldner. Die ältere Lehre bezüglich des Parteibegriffs vertreten eine Reihe von Schriftstellern[3] und besonders Planck,[4] nach dessen Ausführungen „Parteien nur die an dem Rechtsverhältnis beteiligten Personen" sind.

Ohne Zweifel aber muß man zugeben, daß ohne die neuere Lehre nicht auszukommen ist. Denn daß die Parteien durchaus nicht die Subjekte des streitigen Rechtsverhältnisses zu sein brauchen, das lehrt, wie Weismann[5] zutreffend anführt, schon der Fall, daß ein Forderungsprätendent gegen den anderen auf Feststellung seines Forderungsrechts klagen kann. Es können daher auch andere Personen — abgesehen von den Personenmehrheiten, die als parteifähig behandelt werden — als die Subjekte des streitigen Rechtsverhältnisses Partei sein. Hierzu gehören vor allem solche Personen, die, wie z. B. der Ehemann (§§ 1380, 1525, 1550 Abs. 2 BGB.) oder der Pfandgläubiger, der nach §§ 1281, 1282 BGB. das belastete Recht geltend macht, ohne Subjekt des Rechtsverhältnisses zu sein, kraft eigenen Rechts oder eigenen Interesses den Rechtsschutz beanspruchen. Hierzu gehören ferner solche Personen, die in einem materiell sie nicht berührenden Rechtsstreite kraft Amtes auftreten, und endlich auch solche Personen, die im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung auftreten, wie es z. B. der Inkassogiratar nach Art. 17 WO. tut. Parteien sind somit nicht nur die aus dem streitigen Anspruch berechtigten und verpflichteten Personen, sondern, wie Ötker[6] sagt: „Parteien sind der rem in iudicium deducens, und is, contra quem res in indicium deducitur", oder „alle diejenigen, für und gegen welche die Wirkungen eines Urteils oder einer Vollstreckung wegen eines beliebigen Rechtsanspruchs erbeten werden",[7] mithin „alle Personen, in deren

---

[3] Wach Bd. 1 S. 613, Handb. d. ZPR.; Petersen in ZZP. Bd. 18 S. 1 ff.; Kleinfeller, Lehrb. d. ZPR. S. 120 ff.

[4] Handb. Bd. 1 S. 209. And. A. Gaupp-Stein Bd. 1 S. 132; Ötker, Grundbegriffe Bd. 1 S. 316; Fischer in ZZP. Bd. 10 S. 436; Hellwig, ZPO. S. 131; Stegemann in ZZP. Bd. 17 S. 326.

[5] Lehrb. d. ZPR. S. 73 ff.

[6] JurLitBl. Bd. 2 S. 188.

[7] Gaupp-Stein, ZPO. S. 132.

Namen oder gegen welche der Rechtsschutz gewährt werden soll".[8] Jeder Prozeß setzt nun notwendigerweise das Vorhandensein zweier Parteien voraus. Es müssen, wie Kleinfeller[9] sagt, „zwei grundsätzlich gleichberechtigte Personen", „Streitteile", einander gegenüberstehen. Diese beiden Parteien müssen genau bestimmt sein, so daß über ihre Individualität und ihre prozessuale Stellung kein Zweifel bestehen kann. Dies fordert das Gesetz ausdrücklich in den §§ 253 Abs. 1, 313 Abs. 1 ZPO.

Wer nun aber als Partei anzusehen ist, darüber enthält die Zivilprozeßordnung keine ausdrückliche Bestimmung. Man muß dies vielmehr aus den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts entnehmen. Zu den Erfordernissen, die eine Partei unbedingt haben muß, gehört in erster Linie die Parteifähigkeit, d. i. die Fähigkeit, aktiv und passiv Subjekt des Prozesses zu sein, in eigenem Namen klagen zu können und verklagt zu werden. Parteifähigkeit ist im Zivilprozeß gleichbedeutend mit Rechtsfähigkeit; sie steht aus diesem Grunde allen Personen zu, die nach § 1 BGB. rechtsfähig sind. Dies drückt die Zivilprozeßordnung aus im § 50 Abs. 1. Wir unterscheiden im Zivilprozeß eine materielle und formelle Parteifähigkeit. Der tiefere Grund dieser prozessualen Rechtserscheinung ist in dem Umstand zu finden, daß, wie Kohler[10] gezeigt hat, in jedem Prozeß zwei verschieden geartete Rechtsverhältnisse nebeneinander bestehen, ein zivilrechtliches, materiellrechtliches und ein prozessuales Verhältnis. Die Subjekte dieser beiden Rechtsverhältnisse können voneinander verschieden sein. Die Zivilprozeßordnung hat auch für diese Subjekte gesonderte Normen aufgestellt, die man natürlich nicht, ohne zu wiedersinnigen Konsequenzen zu kommen, vertauschen darf. Nach Wach[11] ist eine Partei vom materiellen Gesichtspunkte aus die Person, welche „Subjekt des Prozesses, dominus litis", ist, die Person, in deren Interesse der Rechtsschutz gewährt wird. Unter dem formellen Parteibegriff aber versteht Wach „die Eigenschaft einer Person,

---

[8] R. Schmidt, ZPO. Bd. 1 S. 313.

[9] Lehrb. d. ZPR. 1905 S. 119.

[10] Der Prozeß als Rechtsverhältnis, bes. §§ 24 ff., und in Buschs ZZP. Bd. 12 S. 97 ff.

[11] Handb. d. ZPR. Bd. 1 S. 518 ff.

einer Personenmehrheit, einer Vermögensmasse, als solche im eigenen Namen klagen oder verklagt werden zu können. Demnach sind sowohl materiell als formell Parteien des Prozesses die Personen, seien es natürliche oder juristische, während bei den nichtrechtsfähigen Subjekten, den Personenvereinen und Vermögensmassen ohne juristische Persönlichkeit, nur die formelle Parteifähigkeit vorliegen kann. So ist z. B. bei einem verklagten nichtrechtsfähigen Verein gemäß § 50 Abs. 2 ZPO. von einer Partei im formellen Sinne zu reden, da nicht der verklagte Verein als solcher ein Rechtssubjekt darstellt, sondern nur die einzelnen Mitglieder des nichtrechtsfähigen Vereins; ebenso verhält es sich bei der offenen Handelsgesellschaft gemäß § 124 HGB. und bei einer Reihe ähnlicher Gebilde. Nicht parteifähig sind daher solche Erscheinungen des Rechtslebens, die nach außen hin zwar als die eigentlichen Interessenträger auftreten, aber vom Recht nicht als selbständige Träger von Rechten und Pflichten anerkannt sind, mögen sie auch wie juristische Personen organisiert sein, insbesondere die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, die Firma des Einzelkaufmanns, Sondervermögen u. a. Diese Meinung vertritt auch Planck,[12] der der Gesellschaft richtigerweise auch nicht, wie Endemann[13] annimmt, die Rechtsstellung eines nichtrechtsfähigen Vereins zubilligt. Wenn durch § 50 Abs. 2 dem verklagten nichtrechtsfähigen Verein die Stellung einer Partei beigelegt wird, so kann dies nur speziell für solche Gesellschaften gelten, die korporativ organisiert sind. Es würde aber dem Wortlaut und auch dem Sinn des Gesetzes widersprechen, wenn man dies auf alle Gesellschaften anwenden wollte. Demnach muß den bloßen Gesellschaften und ähnlichen Gebilden von Personenvereinigungen die Parteifähigkeit abgesprochen werden, soweit sie ihnen nicht speziell durch Reichs- oder Landesgesetze zugestanden ist. Als Partei kann deshalb in den Prozessen dieser Vereinigungen nur die Summe der Mitglieder angesehen werden, nicht aber die Vereinigung als solche, oder auch das Gesellschaftsvermögen; denn Subjekte des Gesellschaftsvermögens sind nur die

[12] BGB. Bd. 2 S. 453.

[13] Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 S. 180, 2.

Gesellschafter. Die Parteifähigkeit muß schon zur Zeit der Klageerhebung bestehen, und sie muß während des ganzen Prozesses fortdauern.[14] Denn sie ist eine Prozeßvoraussetzung und muß als solche in jedem Stadium des Verfahrens bis zum Urteil gegeben sein, so daß es nicht genügt, wenn sie nur im Zeitpunkt der Urteilsfällung vorliegt. Wird die Parteifähigkeit aber erst während des Prozesses erworben, so ist nur dann eine Heilung möglich, wenn der Prozeß von Anfang an auf den Namen der jetzt parteifähigen Partei ging, und wenn diese ihre Genehmigung für die bisherige Prozeßführung ausdrücklich erteilt;[15] denn sonst träte in dem Augenblicke, in dem die Partei rechtsfähig wird, eine neue Partei in den Prozeß ein.

Zur gültigen Prozeßführung muß eine Partei außer der Parteifähigkeit die Prozeßfähigkeit besitzen, die von der Parteifähigkeit scharf zu scheiden ist. Prozeßfähigkeit ist die Fähigkeit, im Prozeß Rechtshandlungen mit rechtlicher Wirkung vornehmen und den Prozeß entweder selbst oder durch einen bestellten Vertreter als Kläger oder als Beklagter durchführen zu können. Die Prozeßfähigkeit ist die prozessuale Seite der Geschäftsfähigkeit, ja man kann sagen, sie ist die Geschäftsfähigkeit in der Sprache des Zivilprozeßrechts,[16] oder wie Hellwig[17] ganz ähnlich sagt, „das prozessuale Seitenstück der Geschäftsfähigkeit". Diesen Gedanken enthält § 52 ZPO., welcher sagt: Eine Person ist insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann. Die Prozeßfähigkeit bestimmt sich also nach den Grundsätzen des materiellen Rechts; es kommt deshalb § 104 BGB. in Frage, der die Geschäftsunfähigen zusammenfaßt und somit alle anderen Personen als geschäftsfähig hinstellt. Nach dem Gesagten müssen auch beschränkt geschäftsfähige Personen, denen für gewisse Gebiete die volle Geschäftsfähigkeit übertragen worden ist, z. B. nach §§ 112, 113 BGB., für diese Gebiete, auf denen sie selbständig handeln können, geschäftsfähig sein. Streit herrscht nun darüber, welche Stellung die juristischen Personen, die als rechts-

[14] Sydow-Busch Anm. zu § 50; JurW. 1901 S. 301 I.
[15] Gaupp-Stein § 50 S. 144.
[16] Bandorf, Einfluß der Konkurseröffnung S. 7.
[17] Lehrb. d. ZPR. Bd. 2 S. 315.

fähige Wesen neben den natürlichen Personen stehen, im Prozeß einnehmen, ob sie prozeßfähig sind oder nicht. Gierke[18] ist der Meinung, daß die juristische Person „als eine reale Gesamtperson, deren einheitliches Gemeinleben sich durch Organe betätigt", handlungsfähig sei, und durch Prozeßhandlungen als solche selbständig ihr Recht zu schützen vermöge, also nicht nur parteifähig, sondern auch prozeßfähig sein müsse. Gegen diese Ansicht wendet sich Planck,[19] welcher den juristischen Personen einschließlich der ausnahmsweise durch Reichs- oder Landesrecht parteifähig gemachten Körperschaften die Prozeßfähigkeit ganz abspricht. Ebenso lehrt auch Wach.[20] Folgt man der Anschauung Gierkes, daß die juristische Person einen „realen, selbständigen Willen besitze, den sie durch ihre Organe ausübe", so muß man der juristischen Person die Prozeßfähigkeit unbedingt zusprechen. In diesem Falle aber müßte man sie als solche prozeßfähige Personen betrachten, die vermöge ihres eigenartigen Handelns durch Organe im Prozeß einer prozeßunfähigen Person gleichgestellt ist. Die Annahme der Prozeßfähigkeit für solche Personenverbände mit Rechtssubjektivität läuft nach der Meinung Seufferts[21] auf eine „theoretische Konstruktion hinaus, die für das Prozeßrecht kaum brauchbar sein kann"; die allgemeine Anschauung nennt die juristischen Personen prozeßunfähig, so daß sie von ihrem Vorstand vertreten werden müssen. Das Gesetz selbst gibt jedoch der ersten Ansicht den Vorzug; denn aus dem § 26 BGB., in dem ausdrücklich bestimmt ist, daß der Vorstand des rechtsfähigen Vereins die Stellung eines gesetzlichen Vertreters habe, geht hervor, daß der Vorstand in Wirklichkeit nicht der gesetzliche Vertreter der juristischen Person ist, daß diese vielmehr als solche selbständig geschäftsfähig, mithin auch prozeßfähig sein muß, und daß sie im Prozeß nur ihren Vorstand zur gerichtlichen Vertretung gebrauchen soll. Das Verhältnis des Organs zur Verbandspersönlichkeit ist „monistisch", nicht wie das des Vertreters zum Vertretenen

---

[18] D. PrivR. Bd. 1 S. 518.
[19] ZPO. § 44 S. 216.
[20] Handb. d. ZPR. Bd. 1 S. 541.
[21] Komm. z. ZPO. S. 69.

„dualistisch" aufzufassen.[22] Außerdem zählt § 104 BGB. die juristischen Personen nicht zu den geschäftsunfähigen Personen. Man muß dieselben also für prozeßfähig halten.

§ 3.

Feststellung, auf wen der Begriff „Partei" in den vom Konkursverwalter aktiv oder passiv geführten Prozessen zutrifft; es kommen in Betracht:

I. Der Gemeinschuldner.

Die Ansichten darüber, ob der Konkursverwalter in den Konkursprozessen selbst Partei ist, oder ob er als Vertreter eines anderen Rechtssubjekts, das die Parteistellung innehat, im Prozeß auftritt, und wer in diesem Falle die vertretene Partei ist, sind mannigfach. Die überwiegende Mehrheit der Schriftsteller[23] ist der Meinung, daß der Verwalter lediglich der Vertreter des Gemeinschuldners sei, und daß dieser letztere demgemäß die Parteistellung im Konkursprozeß innehabe. Andere[24] dagegen erblicken in dem Verwalter den Vertreter der einzelnen Gläubiger oder der zur sogen. „Gläubigerschaft" vereinten Gläubiger und sehen diese als Partei an. Eine dritte Gruppe[25] von Schriftstellern und Praktikern sieht dagegen die Konkursmasse, d. h. das dem

---

[22] Oertmann, BGB. Bd. 1 S. 100.

[23] Petersen-Kleinfeller S. 45 ff.; Petersen-Anger Bd. 1 S. 123; Petersen in ZZP. Bd. 9 S. 8; v. Wilmowski S. 43; Voß im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 71 S. 785; Endemann, Konkursverfahren S. 423 ff.; R. Schmidt, Lehrb. d. ZPR. (1898) S. 152; Jaeger, Komm. z. KO. S. 45 ff. u. 63 ff.; Schollmeyer S. 97 ff.; Wolff, Absonderungsrecht S. 154 ff., in ZZP. Bd. 22 S. 207 ff.; v. Mandry S. 100; Fuchs S. 103; Nielsen S. 11 ff.; OLG. Hamburg im Sächs. Arch. Bd. 38 N. 198; ObLG. München ebenda Bd. 46 N. 242 u. a. m.

[24] Seuffert, Komm. S. 115 u. 156; Kohler, KO S. 376 u. 400; Arch. f. ziv. Prax. Bd. 81 S. 329 ff.; Weismann, Hauptintervention S. 141 Anm. 28; Gierke, D. PrivR. Bd. 1 S. 674; Wach, Handb. d. ZPR. S. 589; Wengler S. 91 ff.; Planck, Zivilprozeßrecht Bd. 1 S. 211, Bd. 2 S. 660; Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 2 § 115 S. 291; RG. Bd. 8 S. 413 u. a.

[25] v. Völderndorff S. 35; Förster-Eccius S. 103 u. 801 ff. N. 26; Leonhard, Allgem. Teil des BGB. S. 110; Gallinger S. 22 ff.; Stieglitz S. 41; Hellwig, Lehrb. d. ZPR. §§ 44, 46, 47, Anspruch u. Klagrecht S. 228 ff. und 248; Fitting, KO. 1904 S. 32 ff.; RG. Bd. 33 S. 367 ff. u. a. m.

Konkurse unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, als Partei an, zu dessen Vertretung im Prozeß wiederum der Konkursverwalter bestellt ist. Weiter wird besonders von R. Schmidt[26] die Ansicht vertreten, eine „vorläufig noch unbestimmte Person“ habe die Parteistellung inne. Schließlich ist als von ganz besonderer Wichtigkeit die im schärfsten Gegensatz zu den bisher erwähnten Theorien stehende Amtstheorie[27] zu charakterisieren, nach welcher der Verwalter überhaupt nicht als Vertreter, sondern als Staatsorgan in Erfüllung amtlicher Pflichten handelt und als solches die Parteistellung in allen die Konkursmasse betreffenden Prozessen selbst innehat.

Zum Nachweise, daß der Gemeinschuldner nicht Parteistellung in den Prozessen, die der Verwalter führt, haben kann, ist erforderlich, zu beweisen, daß der Verwalter nicht der Prozeßvertreter des Gemeinschuldners sein kann. Die Möglichkeit, daß der Konkursverwalter bei seinen sonstigen die Konkursmasse betreffenden Handlungen den Gemeinschuldner vertritt, ist für die Entwicklung unserer Frage bedeutungslos und deshalb nicht zu behandeln. Gegen die Ansicht, der Verwalter sei der Prozeßvertreter des Gemeinschuldners, sprechen sowohl eine Reihe von Bestimmungen, die auf materiellem Rechtsgebiet liegen, als auch solche, die auf rein zivilprozessualem Boden erwachsen. Vorangeschickt sei noch folgendes: Wenn der Verwalter wirklich der Prozeßvertreter des Gemeinschuldners sein sollte, so könnte er zweifellos nur der vom Gesetz bestellte Vertreter desselben sein, nicht aber der einfache Stellvertreter, der bloße Bevollmächtigte. Das ist auch die übereinstimmende Ansicht der herrschenden Meinung.[28]

---

[26] Lehrb. d. ZPR. S. 324 ff. (1906 u. 1910).

[27] Hauptvertreter sind: Otker, Grundbegriffe Bd. 1 S. 25 ff., Jur. LitBl. Bd. 2 S. 188 ff., Bd. 8 S. 101 ff.; Stegemann in ZZP. Bd. 17 S. 330 ff.; Fischer in ZZP. Bd. 10 S. 430; Fischer-Henle S. 103; Willenbücher S. 27; Korn S. 24; Mitteis S. 5; Lippmann in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 112 ff.; Thiele im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 82 S. 68 ff. und in Grünhuts Beitr. Bd. 39 S. 601; Kiehl in ZZP. Bd. 30 S. 295; Bunsen in ZZP. Bd. 26 S. 261; Sarwey-Bossert S. 65 Bem. 5; Gaupp-Stein, ZPO. Vorbem. 1 vor § 50; Struckmann-Koch, ZPO. § 52 Anm. 3; Harburger, KO. S. 31; Freudenthal 7. Aufl. S. 50; Kaatz S. 32; RG. Bd. 29 S. 29 ff. u. a.

[28] vgl. Petersen in ZZP. Bd. 10 S. 9; v. Sarwey § 5 N. 4 2. Aufl.

Petersen-Kleinfeller[29] leiten daraus, daß dem Gemeinschuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis durch § 6 KO. in bestimmtem Umfang genommen ist, das Eigentum an der Konkursmasse ihm jedoch verbleibt, was im § 6 KO. durch das Wörtchen „sein" zur Konkursmasse gehöriges Vermögen deutlich zum Ausdruck gebracht wird, die Folgerung her, daß eine Vertretung des Gemeinschuldners im Prozeß stattfinden müsse, und daß dieselbe stattfinde durch den Verwalter, dem sie durch § 6 KO. übertragen worden sei. Dieser handle, wenn er Dritten gegenüber die dem Gemeinschuldner zustehenden Ansprüche im Klagewege geltend mache oder sich gegen Klagen, welche gegen ihn als Vertreter der Masse gerichtet seien, verteidige, an dessen Stelle, als dessen gesetzlicher Vertreter. Diesen Ausführungen schließen sich in ähnlicher Form eine Reihe namhafter anderer Schriftsteller[30] an. Bald diesen, bald jenen Standpunkt vertritt bezüglich der vorliegenden Frage das Reichsgericht, auf dessen verschiedenartige Ausführungen an anderer Stelle näher eingegangen werden soll. Die Behauptung Petersens, daß die Prozesse des Verwalters überall den Gemeinschuldner verpflichteten, und daß deshalb der Verwalter als der Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen sei, ist zurückzuweisen. Treffend führt das Reichsgericht[31] dagegen an, „die Haftung des Gemeinschuldners trete hier lediglich deswegen ein, weil gerade er es sei, über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet sei; denn möge man das Verfahren gestalten wie man wolle, immer seien die Handlungen des Verwalters bindend für den Gemeinschuldner". Der Verwalter übe seine Tätigkeit bei der Prozeßführung überhaupt nicht als „Ausfluß eines ihm aus der Person des Gemeinschuldners gesetzlich übertragenen Rechts,

---

S. 30 ff.; v. Wilmowski 3. Aufl. S. 30 ff. u. 58 ff.; Wengler § 5 S. 91 ff.; Fuchs, Konkursprozeß § 20 S. 103; Schultze S. 36 ff.; Mandry S. 523 ff.; Förster-Eccius, Preuß. PrivR. Bd. 1 S. 879 ff.; Jaeger, Komm. z. KO. 1911 S. 85.

[29] KO. S. 45 ff.

[30] Petersen-Anger Bd. 1 S. 213; Petersen in ZZP. Bd. 9 S. 8 ff.; v. Wilmowski, Z. S. 43; Voß im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 71 S. 285; Endemann, Konkursverfahren S. 423 ff.; Jaeger, Komm. S. 85 ff.; Hahn, Mat. S. 46 läßt die Frage unentschieden.

[31] Bd. 29 S. 29 ff.

sondern als eine unbekümmert um die Person des Gemeinschuldners übertragene Pflicht aus". Aus dem „einen Atem", in dem die beiden Absätze des § 6 KO. gleichsam ausgestoßen sein sollen, will v. Wilmowski[32] entnehmen, daß die Vertretung des Gemeinschuldners im Prozeß vom Gesetz angeordnet sei. Doch das ist noch kein irgendwie bestimmender Grund für die gesetzliche Vertretung. Denn wie Lippmann[33] ganz richtig sagt, würde eine „umgekehrte Folgeordnung ebenso richtig und ebenso verständlich sein, und der Abs. 1 des § 6 KO. hätte ebensogut ganz fehlen können". Denn das, was erreicht werden sollte, die Beschlagnahme des Schuldnervermögens und die Übergabe desselben in die Hände des Verwalters, würde auch durch den Abs. 2 allein schon erfolgt sein. Zudem ist es durchaus nicht notwendig, daß jeder, der die Rechte eines Eigentümers ausübt, auch als dessen Vertreter zu gelten hat. Solche Befugnisse können auch aus besonderen Rechten selbständig entstanden sein; denn wie z. B. der Pfandgläubiger, so führt Lippmann[34] zutreffend aus, das ihm übergebene Pfand veräußern kann, ohne dadurch zum Vertreter des Pfandschuldners zu werden, weil die Befugnis hierzu nicht mehr vom Willen des Pfandschuldners abhängig ist, ebenso kann der Konkursverwalter in der Ausübung seiner Verfügungsgewalt, d. i. also auch in der Führung der Prozesse, niemals als der gesetzliche Vertreter des Gemeinschuldners gelten. Vor allem widerspricht der Konstruktion der Parteistellung des Gemeinschuldners der Wortlaut des § 6 KO. Wörtlich genommen enthalten die Bestimmungen des § 6 KO. nicht die Anordnung der gesetzlichen Vertretung des Gemeinschuldners durch den Verwalter, sondern es wird darin lediglich zum Ausdruck gebracht, daß die Befugnis, sein Vermögen zu verwalten, dem Gemeinschuldner entzogen, und daß das Verwaltungsrecht dem Verwalter übertragen wird. Der § 6 KO. hat mithin nur die Bedeutung, Einwirkungen des Gemeinschuldners auf das jetzt nicht mehr seiner Herrschaft unterliegende Vermögen zu verhindern. Die Auslegung ist, so kann

[32] KO. S. 32 N. 2.
[33] Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 117.
[34] Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 117 ff.

man mit Fischer[35] sagen, zu weit, wenn er die „Quelle sein soll, aus der die Ermächtigung des Verwalters zur Vertretung des Gemeinschuldners im Prozeß als dessen gesetzlicher Vertreter abgeleitet werden müßte“. Denn der Verwalter übt sein Recht unbekümmert um die Person des Gemeinschuldners aus. Der Meinung, daß der Verwalter nicht der Prozeßvertreter des Gemeinschuldners sei, ist außer den schon Genannten besonders auch Kohler.[36] Seiner Behauptung jedoch, der Verwalter könne deswegen nicht der Prozeßvertreter des Gemeinschuldners sein, weil gerade er es sei, der „am eifrigsten die Verfolgung desselben betreibe“, indem er seine Handlungen anfechte, und so mit demjenigen, den er vertreten solle, selbst in Prozeß geraten könne, ist nicht beizutreten. Ähnliches behaupten v. Völderndorff,[37] Fischer[38] und Kiehl.[39] Zwar müssen diese Tatsachen auf den ersten Blick den sichersten Anschein für die Unmöglichkeit einer gesetzlichen Vertretung des Gemeinschuldners durch den Verwalter erwecken; aber der Verwalter trägt hier nicht, wie es den Anschein hat, „zwei sich widerstreitende Parteirollen“. Das Amt des Verwalters beruht auf dem Rechte der Gläubiger auf Befriedigung aus dem gesamten Konkursvermögen des Gemeinschuldners. Für die Verwirklichung dieses Rechts soll der Verwalter Sorge tragen zugleich im Interesse des Gemeinschuldners selbst. Dem Gemeinschuldner aber kann es nicht verwehrt werden, aus diesem Vermögen Gegenstände herauszuverlangen, die nach seiner Meinung nicht dazu gehören, sondern die z. B. in sein konkursfreies Vermögen fallen müßten oder die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen. Es führt also die Trennung des gemeinschuldnerischen Vermögens in Masse und Nichtmasse notwendig zu rechtlichen Beziehungen zwischen beiden, und so läßt sich die Möglichkeit einer Prozeßführung zwischen Verwalter und Gemeinschuldner ohne eine Beeinträchtigung der Vertreterstellung des Verwalters schon vollauf aus dieser „Sondergutsnatur“ der Konkursmasse erklären.

[35] Preuß. PrivR. S. 776.
[36] KO. S. 403.
[37] KO. S. 35 ff.
[38] Recht und Rechtsschutz S. 45.
[39] ZZP. Bd. 30 S. 291 ff.

Als vollkommen gerechtfertigt erscheint auf den ersten Blick die Bemerkung v. Wilmowski's,[40] der Verwalter müsse das tun, was der Gemeinschuldner infolge der Entziehung der Verfügungsgewalt nicht mehr tun könne, und er sei daher auch als Prozeßführer als der gesetzliche Vertreter des Gemeinschuldners zu betrachten. Aber darauf ist zu erwidern, daß der Gemeinschuldner nicht der einzige ist, welcher Befugnisse einbüßt; verlieren doch auch die Konkursgläubiger infolge der Konkurseröffnung ihr Recht, die Einzelexekution in das Vermögen des Gemeinschuldners zu betreiben. Gerade der Grund, daß die Exekutionsbefugnis in die Hände des Verwalters gelegt wird, könnte eher zu der Annahme führen, daß der Verwalter die Gläubiger vertrete. Ob dem Raum gegeben werden kann, davon wird später die Rede sein.

Nun werden aber dem Konkursverwalter mehr Befugnisse in der Prozeßführung zugestanden, als der Gemeinschuldner selbst außerhalb des Konkursverfahrens besitzen kann. Der Verwalter hat nämlich das Recht, die Handlungen des Gemeinschuldners im Prozeßwege anzufechten, ein Recht, das der Gemeinschuldner schon deshalb nicht haben kann, weil die von ihm vor der Konkurseröffnung geschlossenen Verträge vollwirksam zustande gekommen sind, und weil infolgedessen kein Grund vorhanden ist, der ihm das Recht zur Anfechtung geben könnte. Diese Befugnisse des Verwalters muß man sicherlich als über den Rahmen der gesetzlichen Vertretung hinausgehend betrachten. Daß dem Verwalter diese Rechte nur mit Rücksicht auf den Zweck des „Konkurses“ [41] gegeben seien, mag richtig sein. Aber ebenso richtig muß es sein, wenn man daraus, daß dem Verwalter diese Rechte verliehen sind, die dem Gemeinschuldner nicht zustehen, ja nicht einmal außerhalb des Konkurses zustehen würden, schließt, daß im Gesetz an eine gesetzliche Vertretung des Gemeinschuldners durch den Gemeinschuldner gar nicht gedacht war.

Unzutreffend ist der an dieser Stelle zum Beweise für die Vertretung vorgebrachte Vergleich von Petersen-Kleinfeller[42]: „Daß der Vertreter Handlungen wirksam vornehmen

---

[40] KO. S. 32.

[41] Petersen-Kleinfeller, Komm. S. 45ff.

[42] Komm. S. 45ff.

kann, die der Vertreter selbst wegen Unmündigkeit, Geisteskrankheit usw. nicht vornehmen kann, ist nichts Außergewöhnliches". Unzutreffend ist dieser Vergleich mit dem Gemeinschuldner deswegen, weil die Situation beim Gemeinschuldner eine ganz andere ist; der Geisteskranke könnte die Handlungen, die jetzt sein gesetzlicher Vertreter vornimmt, alle selbst vornehmen, wenn er nicht geisteskrank wäre. Der Gemeinschuldner dagegen könnte die Anfechtung selbst dann nicht vornehmen, wenn ihm die Verwaltung seines Vermögens nicht entzogen wäre; denn die Rechtsgeschäfte sind, wie schon erwähnt, zwischen ihm und dem Dritten vollgültig zustande gekommen, und sie sind nur anfechtbar durch den Verwalter, weil das Konkursverfahren eröffnet worden ist. Darin liegt der Unterschied, der hier von Petersen-Kleinfeller übersehen worden ist.

Als einen Hauptgrund dafür, daß der Verwalter der gesetzliche Vertreter des Gemeinschuldners im Prozesse sei, führt man[43] vielfach den an, daß der Gemeinschuldner relativ prozeßunfähig sei, und daraus leitet man dann die Folgerung her, da der Gemeinschuldner relativ prozeßunfähig sei, so müsse er insoweit durch einen gesetzlichen Vertreter im Prozeß vertreten sein. Dieser Vertreter sei der Verwalter. Doch diese Behauptung ist unrichtig. Der Schuldner bleibt, soweit er bisher vertragsverpflichtungsfähig war, auch als Gemeinschuldner prozeßfähig. An der Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten, ändert der Konkurs als solcher gar nichts.

Darüber, daß dem Gemeinschuldner als solchem die Prozeßfähigkeit nicht fehle, d. h. daß er bei den Handlungen, die er außerhalb des Bereiches seiner gesetzlichen Bindung vornimmt, prozeßfähig ist, besteht keine Meinungsverschiedenheit, und darauf ist hier deshalb nicht einzugehen. Aus den §§ 6 u. 7 KO. folge, so argumentieren Petersen-Kleinfeller[44] und andere[45], daß der Gemeinschuldner durch die Eröffnung des Verfahrens die

[43] Kleinfeller, Zivilprozeßrecht 1905 S. 124; Wetzell, System d. ord. Zivilprozesses § 12 Anm. 9 S. 92; Voigt S. 5, Schultze S. 85ff., 96, 99; Wach, Handb. Bd. 1 S. 543.

[44] Komm. S. 45ff.

[45] Petersen in ZZP. Bd. 9 S. 8ff.

Befugnis verliere, Prozesse, welche die Masse betreffen, weiterzuführen. Daher fehle in den unter die §§ 10, 11 KO. fallenden Rechtsstreitigkeiten dem Gemeinschuldner die Prozeßfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, die Prozesse selbständig ohne Vertretung zu führen. Dieser Ansicht schließen sich das Reichsgericht in einer Entscheidung[46] und besonders Wach[47] an, welcher lehrt, daß „nach Reichsrecht bei sonstiger Handlungsfähigkeit eine partielle Prozeßunfähigkeit des Gemeinschuldners behauptet werden müsse". Doch diesen Ausführungen widerspricht vor allem der Wortlaut des § 6 KO., nach welchem nicht die Verfügungsfähigkeit dem Gemeinschuldner entzogen wird, sondern nur das Verfügungsrecht. Die Behauptung, der § 6 KO. sei dahin aufzufassen, daß dem Gemeinschuldner die Handlungsfähigkeit und deshalb die Prozeßfähigkeit entzogen sei, und er also insoweit durch den Verwalter vertreten werden müßte, entbehrt der Begründung. Zwar ist, wie das Reichsgericht[48] ausführt, die „Dispositionsfähigkeit ein Teil der Handlungsfähigkeit" und darum Entziehung der Dispositionsfähigkeit einer Verneinung der Handlungsfähigkeit gleichbedeutend; aber es handelt sich hier gar nicht um die Dispositionsfähigkeit; denn dem Gemeinschuldner wird durch § 6 KO. lediglich die Dispositionsbefugnis entzogen, die von der Dispositionsfähigkeit, wie gegen die Lehre von Ötker,[49] nach welcher die Konkursordnung beide Begriffe miteinander identifiziere, behauptet werden muß, grundverschieden ist. Denn wenn auch die Dispositionsbefugnis entzogen worden ist, so bleibt deshalb doch die Dispositionsfähigkeit vollauf bestehen, und es lag auch durchaus nicht im Sinne des Gesetzes, die Dispositionsfähigkeit zu entziehen, da die Entziehung der Dispositionsbefugnis allein schon genügte, um den verlangten Erfolg eintreten zu lassen. Der Verlust der Dispositionsbefugnis seitens des Gemeinschuldners kann aber logisch niemals zu der Annahme einer auch nur teilweisen Prozeßunfähigkeit führen. Zudem hat die Annahme relativer Prozeßunfähigkeit etwas

[46] Bd. 26 S. 64, Bd. 27 S. 113.

[47] Handb. d. ZPR. Bd. 1 S. 543 u. 885.

[48] Bd. 29 S. 29 ff.

[49] Konkursrechtliche Probleme, in ZZP. Bd. 25 S. 31.

„innerlich Unwahres an sich".[50] Denn der Ausgangspunkt der Theorie, der Gemeinschuldner könne sich durch Verträge mit Beziehung auf die Masse nicht verpflichten, ist falsch. Das ist dem Gemeinschuldner sehr gut möglich. Er kann sich Dritten gegenüber vollwirksam verpflichten. Eine andere Frage dabei ist nur die, ob die Gläubiger einen Eingriff des Dritten in die Masse zu dulden brauchen, und das ist selbstverständlich zu verneinen, denn diese sind es, welche in ihrem Rechte auf ungeschmälerte Befriedigung aus der Konkursmasse gegen jede Verfügung des Gemeinschuldners gesichert werden sollen. Ein Anzeichen dafür, daß der Gemeinschuldner nicht prozeßunfähig ist, ist, wie Fitting[51] betont, der Umstand, daß der Verwalter nicht im Namen des Gemeinschuldners Prozesse führt, und erst recht die Zulässigkeit eine Vertretung des Verwalters im Prozeß durch den Gemeinschuldner als Bevollmächtigten. Wäre der Gemeinschuldner prozeßunfähig, so stände der § 79 ZPO. hindernd im Wege, nach dem als Bevollmächtigte nur prozeßfähige Personen zugelassen werden können. Auch die Folgen, die sich ergeben würden, wenn dem Gemeinschuldner die Prozeßfähigkeit entzogen würde, nötigen zur Annahme der Prozeßfähigkeit. Würde der § 6 KO. dem bisher geschäftsfähigen Schuldner die rechtliche Eigenschaft der Geschäftsfähigkeit entziehen, welchen Sinn hätte die Vorschrift im Falle bisheriger Geschäftsunfähigkeit des Schuldners? Sollte sie etwa dem gesetzlichen Vertreter die entsprechende Fähigkeit nehmen? Man würde also, wenn der Konkurs einen partiellen Verlust der Prozeßfähigkeit des bisher prozeßfähigen Schuldners zur Folge hätte, für den Fall bisheriger Prozeßunfähigkeit vergeblich nach der Parallele suchen.

Endlich beweist auch das von Stegemann[52] bezüglich dieses Punktes angeführte Beispiel, daß der Gemeinschuldner prozeßfähig bleibt. „Wenn es dem Vindikanten", so heißt es, „der die Klage gegen den Verwalter erhoben hat, gelingt zu siegen, so ist damit festgestellt, daß die streitige Sache nicht zur Masse

---

[50] Hellmann, KO. S. 205.

[51] KO. S. 72 N. 4.

[52] ZZP. Bd. 17 S. 349.

gehört, daß also der Verwalter gar nicht zur Vertretung des Gemeinschuldners legitimiert war. Die Folge wäre Anfechtung der Entscheidung mit der Nichtigkeitsklage." Eccius[53] führt ein ähnliches Beispiel mit großer Schärfe durch und zeigt die Absurdität der Konsequenzen. Mit Eccius und Stegemann stimmt auch Ötker[54] überein, welcher sagt: „Die gegen diese Ausführungen gerichteten Angriffe Petersens[55] vermögen ihre Richtigkeit nicht zu erschüttern, da sie im wesentlichen auf der unrichtigen Zusammenstellung des Verwalters mit dem gesetzlichen Vertreter eines Minderjährigen beruhen, also von Parteien, die wegen ihrer Handlungsunfähigkeit prozeßunfähig sind, und deshalb generell eines gesetzlichen Vertreters bedürfen".

Nun behaupten aber Petersen-Kleinfeller,[56] der Gemeinschuldner brauche auch dann einen gesetzlichen Vertreter, wenn man nicht zugeben wolle, daß ihm die Prozeßfähigkeit mangle. Der Fall würde dann dem des § 53 ZPO. gleich sein, wo ein Pfleger für eine prozeßfähige Person bestellt sei. Diese Behauptungen sind jedoch unrichtig. Allerdings steht die Zivilprozeßordnung auf dem Standpunkte, daß eine Vertretung prozeßfähiger Personen stattfindet; dafür ist der § 53 ZPO. ein Beweis. Die Ansichten Stegemanns[57] und Weismanns,[58] die dies verneinen, sind falsch; denn der § 53 ZPO. ist eine bloße Fiktion; sagt doch das Gesetz nur, daß die im Rechtsstreit vertretene Person für den Rechtsstreit einer nicht prozeßfähigen Person gleichstehe, nicht aber, daß sie eine prozeßunfähige Person sei. Aber da der Gemeinschuldner prozeßfähig bleibt, so ist seine gesetzliche Vertretung aus folgenden Gründen nicht erforderlich, ja sogar unmöglich. Der Gemeinschuldner verliert, wie bereits klargelegt wurde, nur die Dispositionsbefugnis, nicht seine Dispositions- und Vertragsfähigkeit. Die Dispositionsbefugnis aber kann, wenn der Gemeinschuldner selbst sie nicht hat, für ihn auch nicht

---

[53] In Rassow-Küntzels Beitr. Bd. 33 S. 732.
[54] Das Verfolgrecht nach § 36 KO.
[55] ZZP. Bd. 9 S. 42 ff.
[56] Komm. z. ZPO. S. 45 ff.
[57] ZZP. Bd. 17 S. 330 ff.
[58] Lehrb. d. ZPR. S. 79.

ein gesetzlicher Vertreter ausüben. „Oder ist vielleicht", so muß man mit Recht mit v. Canstein[59] fragen, „für den Eigentümer einer Sache, an welcher einem Dritten ein Pfand- oder Nutznießungsrecht zusteht, oder welche mit einem Veräußerungsverbote zugunsten eines Dritten belastet ist, ein gesetzlicher Vertreter zu bestellen, damit dieser die dem Eigentümer fehlende Veräußerungsbefugnis anstatt des in dieser Beziehung beschränkten Eigentümers ausübe?" Gewiß nicht. Der Ausdruck der Motive, daß ein anderer die Dispositionsbefugnis, die dem Gemeinschuldner entzogen sei, „ausüben" müsse, wird demnach nur so zu verstehen sein, daß dieses Recht auf einen andern übergehen müsse. Die Ausführungen beweisen, daß der Gemeinschuldner vollprozeßfähig bleibt, und daß ihm lediglich die Dispositionsbefugnis, d. i. das Verfügungsrecht über die Masse, entzogen ist, d. h. daß er zur Sache nicht mehr legitimiert ist; denn die Folge davon, daß dem Gemeinschuldner das Verfügungsrecht entzogen ist, ist „der Verlust der Rechte, die den Eigentümer im Verhältnis nach außen als Subjekt der Sache erscheinen lassen", und damit Verlust der Sachlegitimation, der Parteifähigkeit.[60] Geht man aber davon aus, daß dem Vertretenen die Sachlegitimation verloren gegangen ist, so ist es ein offenbarer Widerspruch, sie seinem Vertreter zuzuschreiben,[61] und deshalb ist der Konkursverwalter nicht als Prozeßvertreter des Gemeinschuldners aufzufassen. Die Folge davon ist, daß der Gemeinschuldner die Parteistellung nicht innehaben kann.

II. Die einzelnen Gläubiger oder die zur „Gläubigerschaft" vereinten Gläubiger.

Die frühere gemeinrechtliche Doktrin, daß mit dem Konkursbeginn eine Gesamtrechtsnachfolge der Konkursgläubiger in das Vermögen des Gemeinschuldners — die Konkursmasse — stattfinde, daß die Konkursgläubiger mithin Eigentümer der Konkursmasse

[59] Grünhuts Zeitschr. Bd. 9 S. 475.

[60] Gallinger S. 16; Struckmann-Koch S. 57 ff.; Gaupp Bd. 1 S. 115; Planck Bd. 1 S. 215; v. Sarwey-Bossert S. 63 u. 66 u. a.

[61] Seuffert, Komm. z. KO. S. 69; Hellmann S. 249.

würden und ihnen als solchen infolgedessen auch die Parteistellung zukäme, ist jetzt vollständig aufgegeben, weil sie gegen das jetzt geltende Reichsrecht verstößt. Hier ist nun zu prüfen, ob die Gläubiger auch, wenn sie nicht Eigentümer der Masse werden, Partei sein können.

Zutreffend bemerkt Kiehl,[62] daß der Verwalter der Prozeßvertreter der einzelnen Gläubiger schon deshalb nicht sein könne, „weil zwischen ihnen notwendig kollidierende Interessen obwalten". Die Stellung des Verwalters würde dann logisch wie praktisch unhaltbar sein. Denn hätte der Verwalter diese Stellung inne, so könnte es zu eigentümlichen Verwicklungen kommen, so könnten Fälle eintreten, in denen der Verwalter als Vertreter der einzelnen Gläubiger neben den Vertretenen prozessieren müßte, so z. B. im Feststellungsverfahren, oder daß er, wenn nur das Vorrecht bestritten würde, teilweise Gegner, teilweise Vertreter wäre. Aber könnte der Verwalter nicht wenigstens in den Passivprozessen die einzelnen Gläubiger vertreten? Die Konkursordnung hat ihm allerdings ein Widerspruchsrecht gegeben, und die Passivprozesse regeln gerade die Frage der Verteilung der Masse, bei der nur die Gläubiger interessiert sind. Das gleiche Widerspruchsrecht hat nun aber die Konkursordnung auch den einzelnen Gläubigern gegeben. Anscheinend ist also ein Überfluß von Rechten vorhanden. Wenn nun die einzelnen Gläubiger das gleiche Recht selbst ausüben können, so kann doch nicht davon die Rede sein, daß der Verwalter bei Ausübung des ihm beigelegten Rechts im Prozeß die einzelnen Gläubiger vertrete.

Abgesehen von diesen Gründen, könnte dem Verwalter die Rechtsstellung als Vertreter der Gläubiger im Prozeß nur dann eingeräumt werden, wenn sie ihm gegeben wäre als Vertreter in Ausübung eines von den Gläubigern durch die Konkurseröffnung erworbenen dinglichen Rechts an der Masse; ein solches Recht aber ist den Gläubigern vom Gesetz nirgends eingeräumt.[63] Der Verwalter prozessiert allerdings im tatsächlichen Interesse der

---

[62] ZZP. Bd. 30 S. 295.

[63] vgl. Jaeger, Komm. z. KO. S. 83 (1911); Kaatz S. 32; R. Schmidt S. 325 Anm. 1; Nielsen S. 89 ff.; RG. Bd. 46 S. 167, Bd. 19 S. 62; Oetker in ZZP. Bd. 14 S. 5.

einzelnen Konkursgläubiger, aber nicht in Vertretung derselben. Es ist daher nicht möglich, die einzelnen Gläubiger als Partei anzusehen.

Die Mehrzahl[64] der Anhänger der Theorie von der Parteistellung der Gläubiger entscheidet sich deshalb auch dahin, daß die Gesamtheit der Gläubiger, die „Gläubigerschaft“, als Partei zu betrachten sei. Aber auch diese Möglichkeit ist ausgeschlossen; es ist zu leugnen, daß die einzelnen Gläubiger durch die Eröffnung des Konkurses überhaupt in ein irgendwie materiell begründbares Rechtsverhältnis zueinander treten. Eine Gemeinschaft nach bürgerlichem Recht[65] entsteht und besteht nur dann, wenn ein Recht mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht, und zwar ein Zivilrecht,[66] nicht aber ein öffentliches, ein prozessuales Recht. Kohler[67] nennt die Gläubigergemeinschaft eine zivilistische Gemeinschaft mit prozessualem Exekutivrecht, allerdings keine Gemeinschaft, die zur juristischen Person hypostasiert sei; er stellt „die Organisation der Gläubigerschaft in den modernen Rechten einer Organisation gleich, welche der Organisation der großen Erwerbsgemeinschaften entspricht“.[68] Ebenfalls Weismann[69] nimmt eine Gemeinschaft der Gläubiger hinsichtlich der Masse an. Daß zwar eine Gemeinschaft der Interessen unter den Gläubigern unzweifelhaft entsteht, ist nicht zu leugnen; baut sich doch das ganze Konkursverfahren auf auf dem Grundsatze „der verbundenen Interessen“.[70] Denn die Konkursmasse soll, wie schon betont, dienen zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Gläubiger. Im Konkurse soll das Wohl des einzelnen zurücktreten hinter das Wohl der Gesamtheit, und jeder Gläubiger hat das gleiche Anrecht auf Befriedigung. Sonach ist eine Gemeinschaft der Interessen unleugbar vorhanden. Aber es ist von Wichtigkeit, zu entscheiden, ob diese Gemeinschaft eine privatrechtliche Gemeinschaft der Konkursgläubiger ist. Soweit diese privatrechtliche Gemeinschaft bestände,

[64] Seuffert S. 155ff.; Kohler, KO. S. 370ff.; Wach Bd. 1 S. 590 u. a.

[65] vgl. § 741 BGB.

[66] vgl. Planck Bd. 2 S. 781; Staudinger Bd. 2b S. 658ff.

[67] KO. S. 376.

[68] Kohler, KO. S. 400.

[69] Hauptintervention S. 141 Anm. 28.

[70] Jaeger, Komm. z. KO. 1906 S. 50.

müßte sie schon eine Gemeinschaft zur gesamten Hand bilden. Daß sie diese Gemeinschaft zur gesamten Hand bilde, behaupten Gierke[71] und Seuffert.[72] Denn eine Gemeinschaft nach Bruchteilen im Sinne der §§ 741, 757 BGB. könnte die Gemeinschaft der Gläubiger bei der unbestimmten Zahl der Teilhaber schechterdings nicht bilden. Nach Wach[73] sind die Gläubiger ein „Prozeßpersonenverein, welcher als solcher klagen kann; sie sind eine durch die Konkurseröffnung organisierte Personenmehrheit, welche, soweit die Einheit ihrer Interessen besteht, einheitlicher Willensakte fähig und zweifellos formell parteifähig sind". Ähnlich vertritt Wengler[74] die Ansicht, „dem Gesetz liege die Vorstellung zugrunde, daß die Konkursgläubiger kraft Gesetzes eine Gemeinschaft bildeten, deren Grund und Gegenstand das Befriedigungsrecht eines jeden Gläubigers auf das gesamte unzureichende Vermögen des Gemeinschuldners, deren Zweck und Inhalt aber die gemeinschaftliche Befriedigung aller aus diesem Vermögen bilde". Wenn dies der Fall wäre, so läge eine communio incidens, eine zufällige Gemeinschaft vor. Denn die Teilnahme am Konkurse hängt zwar von dem Willen eines jeden Gläubigers ab, aber es entstände schon unabhängig von diesem Willen des einzelnen Gläubigers „durch Existenz der anderen Forderungen, das Zahlungsunvermögen des Gemeinschuldners und die Kollision aller Gläubiger", von selbst unter den Konkursgläubigern eine Gemeinschaft. Aber diese Annahme einer communio incidens, wie es auch in den Motiven geschieht, ist verfehlt. Jeder Gläubiger bleibt selbständiger Forderungsberechtigter, und die einzelnen Konkursforderungen werden lediglich hinsichtlich ihrer Geltendmachung dadurch modifiziert, daß die Masse gesetzlich zu ihrer gemeinschaftlichen Befriedigung dient. Gerade im Konkurse tritt „die Individualität aller Forderungsrechte" so scharf hervor wie nirgendwo anders, und dies geschieht „infolge der Kollision und Konkurrenz jedes Gläubigers mit jedem".[75]

---

[71] D. PrivR. Bd. 1 S. 674.

[72] KO. S. 156.

[73] Handb. d. ZPR. S. 589.

[74] KO. S. 91 ff.

[75] Schultze, Das Konkursrecht S. 12 ff.

Unrichtig ist aus denselben Gründen die Ansicht Kohlers,[76] es bestehe eine Gemeinschaft lediglich zum Zwecke der „Ausübung des Beschlagrechts“, eine Gemeinschaft, die nach Kohlers Ausführungen „unmittelbar mit der Konkurseröffnung ins Leben tritt und das notwendige Korrelat des Beschlagrechts bildet, das ohne diese Gemeinschaft gar nicht zur Ausführung gelangen könnte“. Zudem ist diese Annahme zur Erreichung des Konkurszweckes, der in der Befriedigung der Gläubiger besteht, nicht durchaus notwendig, und jedenfalls entbehrt sie jeden Rückhaltes im Gesetz.

Die Gemeinschaft der Gläubiger gar als eine juristische Person aufzufassen, wäre ganz verfehlt. Hiergegen wendet sich Kohler,[77] indem er sagt, „eine juristische Person setze eine gültige Vermögenstrennung zwischen dem Zweckvermögen auf der einen und dem Vermögen der Beteiligten auf der anderen Seite voraus“, und dies ist bei der Gläubigerschaft nicht der Fall. Von einer vollständigen Loslösung ihres Beschlagrechts von ihrem eigenen Vermögen ist keine Rede, und das Beschlagrecht aller Gläubiger zusammen trägt nicht seinen besonderen Namen; es würde solches auch „dem temporären Zweck des Ganzen widersprechen“. Eine juristische Person ist also nicht vorhanden. Die Möglichkeit des Bestehens einer juristischen Person verwirft auch die Konkursordnung in Übereinstimmung mit der gemeinschaftlichen Doktrin als praktisch wertlos und juristisch unhaltbar.[78] Unrichtig ist die Behauptung Jaegers,[79] „eine privatrechtliche Gemeinschaft der Konkursgläubiger entstehe mit der Eröffnung des Konkurses insofern, als das Anfechtungsrecht, das außerhalb des Konkurses den einzelnen Gläubigern zusteht, im Konkurse zum gemeinschaftlichen Recht der Gläubigergemeinschaft werde; denn der einzelne Gläubiger habe infolge der Konkurseröffnung zwar die Aktivlegitimation zur Gläubigeranfechtung verloren, aber dafür habe die Konkursgläubigerschaft sie erworben, für deren Rechnung sie vom Verwalter ausgeübt werde“. Dieses Anfechtungsrecht wird im Konkurse gar nicht zum gemeinschaftlichen Rechte der Gläubiger.

[76] KO. S. 370 und im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 81 S. 329ff.

[77] KO. S. 370ff.

[78] vgl. Jaeger, KO. S. 51; Stieglitz S. 26; v. Völderndorff S. 37.

[79] Komm. z. KO. 1906 S. 51.

Es steht auch im Konkurse den Gläubigern gar nicht zu. Sagt doch § 29 KO.: Das Anfechtungsrecht wird vom Verwalter ausgeübt. Allerdings hat man aus dem Ausdruck „ausgeübt" geschlossen, daß das Anfechtungsrecht in Wirklichkeit im Konkurse den Gläubigern zustehe und nur vom Verwalter als ihrem gesetzlichen Vertreter ausgeübt werden müsse; aber diese Schlußfolgerung ist falsch. Denn von Ausübung eines Rechts kann, wie man mit Petersen[80] richtig annehmen darf, auch in dem Sinne gesprochen werden, daß jemand von einem nur ihm zustehenden Rechte Gebrauch macht. Somit ist der Verwalter auch in den Anfechtungsprozessen nicht als gesetzlicher Vertreter der Gläubiger zu bezeichnen. Infolgedessen muß auch in diesen Prozessen den Gläubigern die Parteistellung unbedingt abgesprochen werden.[81]

Es treten also die Gläubiger durch die Konkurseröffnung nicht in ein materielles Verhältnis irgendwelcher Art zueinander. Die Gläubiger sind nach wie vor unter sich nichts anderes als zufällig einzelne Gläubiger. Es liegt hier lediglich ein Rechtsverhältnis prozessualer Natur vor, das es den Gläubigern z. B. ermöglicht, als Streitgenossen aufzutreten.

Mithin steht fest, daß, wie die einzelnen Gläubiger nicht Partei sein können, auch die Gläubigerschaft diese Stellung nicht innehaben kann.

III. Die Konkursmasse.

Von v. Völderndorff,[82] Förster-Eccius[83] u. a. wird die Ansicht vertreten, die Konkursmasse sei als Rechtspersönlichkeit, als juristische Person zu betrachten, die in den Konkursprozessen die Parteistellung besitze, und der Verwalter sei als der gesetzliche Vertreter dieser Person zu bezeichnen. „Der Verwalter ist der Vertreter der Masse als solcher, die einen selbständigen, zum Erwerb

[80] ZZP. Bd. 8 S. 50.

[81] Hullmann S. 43ff.; Wolff § 6 Bem. 6; Petersen in ZZP. Bd. 8 S. 50; Nielsen S. 85; Pollack §§ 35ff.; Jaeger, KO. S. 51; Dernburg Bd. 2 § 115; Wach Bd. 1 S. 589; v. Canstein in Grünhuts Zeitschr. Bd. 9 S. 474; Förster-Eccius S. 880; Jäckel S. 15ff.

[82] KO. S. 35.

[83] Preuß. PrivR. S. 103 u. 801ff. N. 26.

von Rechten und zur Eingehung von Verbindlichkeiten ausgestalteten Vermögensinbegriff bildet," sagt v. Völderndorff. Damit sieht er die Masse als Rechtspersönlichkeit an, betrachtet sie als juristische Person. Nach Förster-Eccius wird ein „neues Subjekt fingiert", in dessen gesetzlicher Vertretung der Verwalter handelt, und ihm schließt sich Gallinger[84] an, indem er in der Verwaltung die „gedachte Trägerin" der vom Verwalter ausgeübten Rechte erblickt. Auch Leonhard[85] rechnet die Konkursmasse zu den „verkannten juristischen Personen". Daß ein solches Verhältnis nicht leicht juristisch zu konstruieren sei, gibt v. Völderndorff bei Klarlegung seiner Konstruktion schon selbst zu. Man muß aber sagen: alle diese Konstruktionen können überhaupt nicht juristisch durchgeführt werden. Denn unerklärlich bleibt es, wie das Gesetz dazu kommen sollte, der Masse die juristische Persönlichkeit beizulegen, wenn es nicht einmal fester gefügten Körperschaftsgebilden, wie z. B. der offenen Handelsgesellschaft, die doch sogar als solche klagen und verklagt werden kann, die juristische Persönlichkeit beigelegt hat. Ohne jeden gesetzlichen Grund aber kann man dem die Masse bildenden Sondervermögen diese Stellung schlechterdings nicht einräumen. Dagegen muß man gerade aus dem Gesetz die Verneinung der juristischen Person schließen; zeigt doch dasselbe durch seine Bestimmungen im § 6 KO., aus denen hervorgeht, daß der Gemeinschuldner Eigentümer des gesamten Konkursvermögens bleibt, mag dieses Eigentum auch immerhin nichts weiter als ein unwirksames Schatteneigentum sein,[86] zu der Annahme, daß eine juristische Persönlichkeit der Masse undenkbar ist. Denn zweifellos niemals kann das Vermögen zu einer selbständigen Persönlichkeit gelangen, das im Eigentum eines anderen Rechtssubjektes steht, also schon ein Rechtssubjekt hat.[87] Auch Gaupp-Stein[88] lehnt die Personifikation des der Verwaltung des Konkursverwalters unterliegenden Sondervermögens ausdrücklich ab, und ihm schließt

[84] Rechtsstellung des Konkursverwalters S. 22 ff.
[85] BGB. S. 110.
[86] Harburger in Bl. f. Rechtsanw. Bd. 61 S. 241.
[87] So auch Wächter S. 31; Petersen in ZZP. Bd. 8 S. 123.
[88] Bd. 1 Abschn. 2 Vorbem. I c.

sich Fitting an mit der Bemerkung, es sei, wenn man den Verwalter als Vertreter der Masse bezeichnen wolle, keineswegs erforderlich, die Masse gleich als juristische Person aufzufassen. Hellwig[89] sieht die Konkursmasse an als „ein als solches vertretungsfähiges Sondervermögen“, welches eine Parteistellung innehabe. Der Verwalter sei ausschließlich zur Vertretung dieses vertretungsfähigen Sondervermögens befugt. Die positive Folge der Anordnung dieser selbständigen Verwaltung ist nach Hellwig für das Subjekt des Sondervermögens die, daß das Sondervermögen materiellrechtlich als eine „selbständige Einheit“, vertreten durch den Verwalter, behandelt wird, und daß demgemäß die Vermögensmasse als solche klagen und verklagt werden kann. Die Zivilprozeßordnung schafft nach Hellwig im § 17 diese Möglichkeit nicht, sondern setzt sie voraus. Die Rechtsfähigkeit haben auch die als selbständig zu behandelnden Sondervermögen. Dieses Sondervermögen klagt und wird verklagt; es ist als Partei zu behandeln. Zu diesen im § 17 ZPO. auftretenden Vermögensmassen zählt auch Fitting[90] die Masse, ebenfalls Planck.[91] In einer älteren Entscheidung[92] sucht auch das Reichsgericht die Masse als Prozeßpartei hinzustellen und verweigert deshalb das vom Verwalter nachgesuchte Armenrecht.

Alle diese verschiedenen Konstruktionen eines selbständigen Sondervermögens sind als unrichtig zu verwerfen. Daß das Konkursvermögen des Schuldners, die Masse, ein Sondervermögen ist, d. h. durch eine „ausschließliche Zweckbestimmung“ vom Vermögen des Gemeinschuldners getrennt und einer gesonderten Vollstreckung unterworfen ist,[93] muß unbedingt zugegeben werden, aber daß dieses Sondervermögen als eine „selbständige Einheit, vertreten durch den Verwalter, die Parteistellung innehaben könne, muß ebenso entschieden bestritten werden. Denn wenn, wie im § 2 dieser Abhandlung ausgeführt ist, sogar dem nichtrechtsfähigen Verein aus bestimmten Gründen die aktive Parteifähigkeit vom

---

[89] ZPO. S. 228 ff. und Anspruch u. Klagerecht S. 248.
[90] KO. 1896 S. 33.
[91] ZPO. Bd. 1 S. 210 ff.
[92] Bd. 33 S. 367 ff.
[93] Jaeger, Komm. z. KO. 1906 S. 60.

Gesetz versagt und die passive Parteifähigkeit nur kraft spezieller Vorschrift des Gesetzes zugestanden worden ist, so kann um so weniger angenommen werden, daß die Konkursmasse als Sondervermögen diese Fähigkeit besitzen könnte. Das Gesetz legt ihr diese Stellung jedenfalls nirgends bei. Es ist außerdem ein ungesundes Verfahren, jedes Rechtsobjekt zum Rechtssubjekt zu machen, wenn es sich in einer besonderen Rechtslage befindet. Dadurch werden nur juristische Zwitter geschaffen.[94] Sodann sprechen auch gegen diese Auffassung teilweise dieselben oben angeführten Gründe, die auch gegen die Annahme, die Masse besitze juristische Persönlichkeit, vorgebracht worden sind. Wo demnach die Konkursordnung von einer Leistung an die Konkursmasse redet, wie z. B. im § 37 oder § 59 Abs. 3 KO., da meint sie nicht die Masse als selbständiges Sondervermögen im Hellwigschen Sinne, sondern als nicht selbständiges Sondervermögen ohne Rechtspersönlichkeit in dem soeben erläuterten Jaegerschen Sinne, welches nicht Partei ist, sondern nur der abgesonderten Verwaltung unterliegt. Gegen die Formel Hellwigs, das positive Recht behandle Vermögensmassen, die an eine juristische Person nicht gebunden sind, doch in mancher Beziehung so, als ob sie von einer juristischen Person getragen würden, läßt sich sehr treffend noch eine Einwendung von Schmidt[95] anführen. „Ein solcher bloß formaler positivrechtlicher Begriff des Sondervermögens würde keine wissenschaftliche Erklärung bedeuten. Ein neuer Begriff kann nur Bedeutung haben insofern, als er einen neuen Rechtsgedanken ausdrückt, der das Verständnis und die Kritik des geltenden Rechts ermöglicht. Das ist jedoch der Begriff des Sondervermögens ohne juristische Persönlichkeit nicht." Und mit Grund kann man sich der Frage R. Schmidts anschließen: Warum werden hier Vermögensmassen wie juristische Personen behandelt? Und warum geht das positive Recht nicht so weit, sie zu vollwertigen juristischen Personen zu gestalten? Die Antwort auf diese Fragen muß unbedingt lauten: Es fehlt an jedem irgendwie zwingenden Grunde, ihnen die juristische Persönlichkeit beizulegen, oder sie auch nur

---

[94] Gaupp-Stein Bd. 1 S. 134.
[95] ZPO. S. 324.

als vertretungsfähige Sondervermögen zu charakterisieren. Es gibt einfachere und und leichtere Konstruktionen, das Konkursverfahren im Prozeß zur richtigen Lösung zu bringen.

Ebensowenig kann man von einem Rechtssubjekt im v. Cansteinschen[96] Sinne reden, das die Parteistellung besitzen könnte. Nach v. Canstein „erscheint neben den Gläubigern als Personengesamtheit das dieser Personengesamtheit gehörige Sondervermögen als gedachtes Rechtssubjekt". Daß diese Konstruktion schon an sich unhaltbar ist, geht aus dem Vorhergehenden zur Genüge hervor; außerdem aber wäre es aus praktischen Gründen schlecht möglich, den Verwalter als den Vertreter dieses nicht greifbaren „gedachten Rechtssubjehts" walten zu lassen; denn würde man ihn als Vertreter hinstellen, so stände den Gläubigern, wenn die Masse zur Deckung der von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten nicht ausreichte, ein Schuldner, an den sie sich halten könnten, überhaupt nicht gegenüber.

Das notwendige Ergebnis, zu dem alle diese Untersuchungen führen, ist: Die Konkursmasse kann in den vom Verwalter geführten Prozessen als Partei nicht bezeichnet werden.

IV. Eine vorläufig noch unbestimmte Person.

R. Schmidt[97] hat sich, bewogen durch den Umstand, daß die Nachlaßverwaltung schon vor endgültiger Bestimmtheit der Erben angeordnet werden kann, zu der allgemeinen Folgerung verleiten lassen, im Prozesse unserer Sondergutspfleger sei „überhaupt keine bestimmte Partei da", sondern als Partei sei „ein unbestimmter Interessent" zu betrachten, dessen Bestimmung in Zukunft von einer Bedingung abhängig sei. Es sei demnach also auch in den vom Konkursverwalter geführten Prozessen zunächst überhaupt keine bestimmte Partei vorhanden, sondern es werde prozessiert für eine vorläufig noch unbestimmte Partei oder, wie sich auch sagen läßt, event. für mehrere einander ausschließende Parteien; es läge allen Fällen ein rechtlicher Übergangszustand zugrunde, dessen endgültige Gestaltung zurzeit zweifelhaft sei. Die

---

[96] Grünhuts Zeitschr. Bd. 9 S. 474ff.

[97] ZPO. 1910 S. 328.

Konkursmasse aber ist ein Komplex von Rechten, die vielleicht z. B. infolge von Einstellung des Verfahrens oder infolge Zwangsvergleichs an den Gemeinschuldner zurückfallen, vielleicht auch durch Veräußerung an unbestimmte Dritte übergehen können. Überall würde also nach R. Schmidt das Urteil erbeten und erlassen für den cuius interest, ohne daß sich vorläufig sagen ließe, wer der Interessent ist; es würde prozessiert contra incertam personam. Wenn demnach z. B. der Konkursverwalter im Prozeß das Eigentum an einem Massegrundstücke verfolgt, wären nach R. Schmidt entweder der Gemeinschuldner oder der Dritterwerber dieses Grundstücks Partei, je nachdem ob es der Schuldner behielte oder aber ob es infolge konkursmäßiger Verwertung einem Dritten zufiele. Zweifellos aber wirkt doch das vom Verwalter oder gegen ihn erstrittene Urteil, wenn das streitbefangene Grundstück nach Beginn des Prozesses veräußert wird, für und gegen den Erwerber keineswegs deshalb, weil sich nun herausstellt, daß der Erwerber Partei war, sondern doch nur unter der Voraussetzung des § 325 ZPO., d. h. in seiner Eigenschaft als Rechtsnachfolger der Partei. Vielleicht aber wirkt das Urteil überhaupt nicht für und gegen den Erwerber. Nehmen wir doch nur einmal den Fall der § 325 Abs. 2 ZPO. als gegeben an. Bei den vom Verwalter oder gegen ihn geführten Passivprozessen über die Passivmasse, d. h. bei den Rechtsstreitigkeiten gegen den Gemeinschuldner, in denen Konkursforderungen verfolgt werden (§§ 12 ab 3, 146 Abs. 3 KO.), muß die Schmidtsche Konstruktion einer eventuellen Parteiträgerschaft gänzlich versagen. Weiter sprechen auch die allgemeinen zivilprozessualen Vorschriften über die Parteien gegen diese Konstruktion. Wie im § 2 dieser Abhandlung nachgewiesen ist, müssen in jedem Prozeß die Parteien so bezeichnet sein, daß über ihre Individualität und über ihre prozessuale Stellung kein Zweifel vorhanden sein kann; denn eine Partei, die nicht „individuell" persönlich, sondern durch Beziehung zu einem individuellen Vermögenskreise bestimmt ist,[98] ist für die Prozeßführung schlechthin unbrauchbar. Eine Prozeßführung für Rechnung, wen es angeht, oder wider Unbekannt oder für ein Konsortium u. dgl. ist nicht zulässig, da sowohl die Klage als das Urteil eine bestimmte Bezeichnung der Parteien enthalten

[98] Gaupp-Stein Bd. 1 S. 132.

müssen. Dies geht deutlich hervor aus den §§ 253 Abs. 1 und 313 Abs. 1 ZPO. Im vorliegenden Falle aber könnte diesen Erfordernissen sicherlich nicht Genüge geleistet werden. Denn wo noch keine bestimmte Partei vorhanden ist, da kann auch keine bezeichnet werden. Hier müßte das Urteil auf den Namen einer unbestimmten Person erlassen werden, oder, wie man dies mit R. Schmidt selbst ausdrücken kann, „auf den Namen einer bestimmten Person, des Gemeinschuldners, jedoch unter der Bedingung, daß dieser später die definitive Verfügungsgewalt über die fragliche Vermögensmasse erlangen werde, unter der umgekehrten Bedingung dagegen für den späteren Erwerber des versteigerten Massestückes". Ist schon aus diesen Gründen eine solche Konstruktion zu verwerfen, so spricht dagegen auch folgender Umstand, der Verwalter könnte in einem solchen Prozesse wohl der gesetzliche Vertreter einer Partei sein, aber er wüßte selbst nicht, wen er vertrete, und da sogar die Möglichkeit bestände, daß für mehrere einander ausschließende Parteien prozessiert würde, so wäre seine Stellung eine zu verwickelte, als daß man sie praktisch für durchführbar halten könnte. Da der Verwalter nicht wüßte, wen er verträte, könnte er ja selbst gegen das Interesse seiner Partei handeln, ohne daß er selbst es wissen könnte. Endlich besteht auch der von R. Schmidt hervorgehobene Vorzug seiner Konstruktion, der darin liegen soll, daß durch diese Konstruktion zugleich erklärt werde, warum die Wirkung dieser Prozesse, z. B. hinsichtlich der Kostenpflicht, das freie Vermögen des Gemeinschuldners nicht ergreife, gar nicht zu Recht. Denn daß die Kostenpflicht des unterliegenden Verwalters bei der Konkursverwaltung das konkursfreie Vermögen des Gemeinschuldners nicht ohne weiteres belastet, erklärt sich gegen Schmidt ganz ungezwungen aus der Beschränkung der Rechtsausübung des Konkursverwalters auf das Sondervermögen, die Konkursmasse als solche; die Kostenpflicht ist eine Pflicht, die den Herrn des Sondervermögens „als solchen" trifft, d. h. nur insofern, als er Subjekt dieser Vermögensmasse ist (§ 59 Abs. 1 KO.).

Unter diesen dargelegten Umständen ist somit die Behauptung, eine „vorläufig noch unbestimmte Person, ein unbestimmter Interessent"[99] habe die Parteistellung inne, unbedingt abzulehnen.

---

[99] Jaeger, Komm. z. KO. 1911 S. 80.

V. Der Konkursverwalter.

a) Aufstellung der sogen. „Amtstheorie“.

Die Parteistellung in den vom Konkursverwalter geführten Prozessen hat der Verwalter selbst inne als ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung der Zwecke des Konkurses, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetz entnimmt. Wegen des allgemeinen öffentlichen Interesses, das beim Konkursverfahren vorliegt, hat der Staat selbst die Regulierung dieses Verfahrens in die Hand genommen, da seine Regelung seitens der Beteiligten allein dem Staate nicht Garantie genug dafür bietet, daß die Interessen der einzelnen Beteiligten genügend gewahrt, mithin die Aufgabe des Staates, die Verwirklichung des Rechtsschutzes, hinreichend gelöst werde. Zur besseren Durchführung des Verfahrens hat er als Amt das Konkursverwalteramt geschaffen. Unter Amt versteht man einen bestimmt begrenzten Kreis von Geschäften des Staates. Das Wesen des Staates ist herrschen, imperium. Geschäfte des Staates sind für die staatsrechtliche Betrachtung demnach nur Funktionen, welche sich auf die Herrschaft, auf die Ausübung von Hoheitsrechten beziehen.[100] Eins der wichtigsten Geschäfte des Staates ist die Verwirklichung des Rechtsschutzes. Wenn nämlich die Staatsgewalt als eins ihrer vornehmsten Hoheitsrechte die Gerichtsbarkeit für sich in Anspruch nimmt, so hat sie mit diesem Recht zugleich die Pflicht überkommen, nunmehr auch für eine möglichst strikte Durchführung der unter ihrer Autorität stehenden Rechtsordnung Sorge zu tragen. Die Ausübung dieser Pflicht im ganzen stellt sich also als die Ausübung eines Hoheitsrechtes dar, und überall da, wo ein bestimmter Kreis von Geschäften vereinigt ist, um jener Pflicht in einer bestimmten Hinsicht zu genügen, kann man in diesem Sinne von einem Amte reden.[101] Der Träger eines solchen Amtes wird, wenn er gleichzeitig in ein Dienstverhältnis zum Staat tritt, zum

---

[100] Zorn, Reichsstaatsrecht Bd. 1 S. 207.
[101] Stegemann in ZZP. Bd. 17 S. 363 ff.

Beamten, andernfalls nicht. Der Konkursverwalter steht nun in keinem Dienstverhältnis zum Staate; er ist also nicht Beamter.[102]

Der Konkursverwalter tritt zuerst in Erscheinung durch Ernennung von seiten des Gerichts (§ 78 KO.). Das Gericht nimmt diese Ernennung mit Eröffnung des Konkursverfahrens vor (§ 110 KO.). Es zeigt sich darin der untrennbare Zusammenhang von Verwaltung und Verfahren. Wie sich somit schon in der Ernennung die Amtsstellung des Verwalters zeigt, so kann man dieselbe gleichzeitig auch aus dem Umstande entnehmen, daß der Verwalter unter Aufsicht des Konkursgerichts steht (§ 83 KO.). Da also der Verwalter vom Staate eingesetzt wird, so ist er fraglos im Gegensatz zu Kohler,[103] der ihn als „Exekutivorgan der Gläubigerschaft" bezeichnet, ein Staatsorgan. Ihm ist als dem Organ der Selbstverwaltung im Konkurse, wo sich die Interessen vieler kreuzen und ein einheitliches Vorgehen aller kaum denkbar ist, das Konkursverwalteramt anvertraut worden. Durch Verleihung einer Reihe von außerordentlichen Befugnissen ist ihm eine vollkommen selbständige Stellung eingeräumt, so daß er nicht als Vertreter irgendwelcher, sei es natürlicher, sei es juristischer Personen, tätig ist, sondern kraft positiver Vorschrift des Gesetzes im eigenen Namen seine Befugnisse ausübt, indem er Ansprüche Dritter, nicht dagegen des Staates, im Prozeß verfolgt und abwehrt; verfolgte er Ansprüche des Staates, dann wäre der Staat als Privatrechtssubjekt, d. h. der Fiskus bezw. statio fisci, Partei, der Amtsträger aber nur gesetzlicher Vertreter. Der Konkursverwalter hat also, wie auch Kohler[104] ganz richtig bemerkt, eine obrigkeitlich bestellte Privatstellung. Daher ist Untreue nach Maßgabe des § 266 StGB. möglich. Daher steht er wie der Vormund unter Aufsicht des Gerichts, das ihn mit Ordnungsstrafen belegen und unter Umständen entlassen kann (§§ 83, 84 KO.). Eben als dieses im öffentlichen Interesse geschaffene Organ hat der Verwalter in den von ihm, sei es aktiv, sei es passiv, geführten Prozessen die Parteistellung selbst inne. Es liegt hier demnach einer der Fälle vor, in denen jemand ohne Vertretungs-

---

[102] vgl. Petersen-Kleinfeller, Komm. S. 440.

[103] Lehrb. d. KR. S. 400.

[104] Leitfaden S. 214 ff.

verhältnis eine Prozeßführung mit Wirkung für andere ausübt, wo jemand „kraft eigenen Rechts über fremdes, materielles Recht streitet".[105] Der Konkursverwalter gehört also, wie Bunsen[106] richtig bemerkt, zu denjenigen Parteien, welche in einem Rechtsstreit nicht ihr eigenes persönliches oder vermögensrechtliches Interesse, sondern die ihnen als Sachwalter[107] anvertrauten und zu schützenden Interessen eines anderen Rechtssubjektes selbständig verfolgen. Der Konkursverwalter verwaltet das fremde Vermögen, und er führt die aus der Verwaltung entspringenden Prozesse zu einem bestimmten Zwecke, jedoch nicht im ausschließlichen Interesse des Vermögensherrn, sondern gerade in einem anderen, dem persönlichen Interesse des Vermögensherrn vielfach widerstreitenden Interesse. Der Vorteil, den der Konkursverwalter durch die Prozeßführung erreicht, kommt den Zwecken zugute, zu deren Erfüllung er in der bezeichneten Eigenschaft als Verwalter berufen ist. Diese Interessen genießen in der Person des Konkursverwalters als dem berufenen Träger einen selbständigen Rechtsschutz; somit liegen selbständige Parteiverhältnisse vor. Das Prozeßrechtsverhältnis, in dem der Konkursverwalter als Partei steht, hat subjektiv seine Begrenzung in dem officium, welches der Verwalter bekleidet. Die Parteistellung ist bedingt durch die Dauer des Amtes; sie wechselt mit seinem Aufhören.

Als Partei führt nun der Verwalter ausschließlich die Aktivprozesse — Einklagung von Außenständen des Gemeinschuldners, Anfechtung frauduloser Handlungen, die der Gemeinschuldner mit Dritten vor Konkursausbruch vorgenommen hat (§ 29 KO.). —, ebenso wie die Passivprozesse — gegen Klagen Dritter auf Aussonderung angeblich dem Gemeinschuldner nicht gehöriger Sachen aus der Masse (§ 48 KO.), gegen Klagen von Gläubigern auf Feststellung angemeldeter, aber vom Konkursverwalter bestrittener Forderungen (§ 146 KO.) usw. —.

---

[105] Gaupp-Stein, CG. S. 753.

[106] ZZP. Bd. 26 S. 198.

[107] vgl. z. B. bezüglich des Zwangsverwalters Bunsen Bd. 26 S. 198ff.; Krech u. Fischer, Preuß. ZVG. S. 602ff.; and. A. Altvater in Mecklenb. Zeitschr. Bd. 1 S. 308; bezüglich des Testamentsvollstreckers Stegemann in ZZP. Bd. 17 S. 363ff.; and. A. Matthiaß Bd. 2 § 163 S. 525.

Die Ansicht, daß der Konkursverwalter die im vorhergehenden entwickelte Parteistellung kraft Amtes innehat, teilen eine Reihe von Schriftstellern und Praktikern. So sagt Thiele[108] ungefähr folgendes: Die Verwaltung fremder Angelegenheiten durch den Konkursverwalter in der Weise, daß dabei die Verfügung und Willenseinwirkung dessen, dem die Angelegenheit rechtlich zusteht, ausgeschlossen ist, und daß hinsichtlich der Verwaltung bezw. auch hinsichtlich der Verfügung über die Sache der Wille des die fremden Angelegenheiten Verwaltenden maßgebend sein soll, läßt die Rechtsstellung des Konkursverwalters als mit besonderer Parteifähigkeit ausgerüstet erscheinen. Ähnlich drückt sich auch Eccius[109] aus. Und dies erkennen auch die Motive[110] zur Konkursordnung an, indem sie sagen: Nur der Konkursverwalter kann die Prozesse für oder gegen die Aktivmasse führen, und nur er kann, wenn solche Prozesse schon anhängig sind, als Partei in dieselben eintreten. Dies geht unzweifelhaft auch aus einer anderen Stelle der Motive[111] hervor, wo es heißt: Er (der Gemeinschuldner) hat aufgehört, Partei zu sein; er kann mit verbindlicher Kraft für die Konkursgläubiger oder den Konkursverwalter weder ein Geständnis ablegen noch einen Parteieid annehmen oder denselben zurückschieben oder ableisten. Das Verfügungs- und Verwaltungsrecht über das Konkursvermögen ist auf den Verwalter übergegangen. Sehr deutlich und klar spricht sich das Reichsgericht in mehreren Urteilen für die Parteistellung des Verwalters aus. So heißt es z. B. in einer neueren Entscheidung[112]: Der Gemeinschuldner verliert durch die Konkurseröffnung nicht die Prozeßfähigkeit, sondern nur die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen (§ 6 KO.), und diese Befugnis geht auf den Konkursverwalter über. Dadurch wird der Verwalter in seiner amtlichen Stellung selbständige Prozeßpartei, wenn er in der Eigenschaft als Konkursverwalter Prozesse führt. Nur so sind auch eine Reihe von Erscheinungen in der dem Kon-

---

108 a. a. O. Bd. 82 S. 67.

109 Gruchots Beitr. Bd. 33 S. 736.

110 vgl. Hahn S. 67.

111 Mot. zu §§ 8 u. 9 ZPO., Hahn S. 68.

112 RG. Bd. 29 S. 29ff.

kursverwalter gesetzlich zugewiesenen Stellung zu erklären. Ebenso klar spricht sich das Reichsgericht in einer anderen Entscheidung[113] aus, wo es ausführt, die Stellung als Prozeßpartei könne unter Umständen auch auf einem anderen Grunde als dem der Inhaberschaft der materiellen Berechtigung und der Schuldnereigenschaft, insbesondere auf einem vorzugsweise im Interesse anderer angeordneten Dispositionsrechte beruhen. Ein solches sei dem Konkursverwalter verliehen. In ihm einbegriffen sei das Recht selbständiger Prozeßführung; der Konkursverwalter trete aktiv wie passiv kraft eigener Befugnis als Partei auf, so zwar, daß seine Akte auf die Rechte und Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners rechtlich einwirken. Die Parteieigenschaft des Verwalters wird ferner auch durch das Genossenschaftsgesetz (§ 110) ausgesprochen, wo es heißt: „Die Klage ist gegen den Konkursverwalter zu richten". Dieser Ausdruck konnte, wie Hahn[114] richtig bemerkt, niemals auf einen gesetzlichen Vertreter angewandt werden, da in der Klageschrift nur die Namen der Parteien angeführt werden (§ 252 Abs. 2 ZPO.). Weiter seien hier noch die Ansichten von Ötker,[115] Struckmann-Koch[116] und Gaupp-Stein[117] angeführt. Ersterer sagt, „in der Person des Verwalters werde das Verwalteramt beklagt". Ähnlich führen Struckmann-Koch aus: Der Konkursverwalter oder richtiger das Verwalteramt ist in den die Masse betreffenden Prozessen zur Sache legitimiert und als Partei zu betrachten". Und ebenso behaupten Gaupp-Stein, „der Konkursverwalter streite als Partei kraft eigenen Rechts über fremdes, materielles Recht".

Daß die Parteistellung eines Sachwalters fremder Interessen auf Amtsgewalt beruhen könne, das gibt sogar Levy[118] zu, der im übrigen die Parteistellung des Verwalters bestreitet. Die Befugnis, den einem Dritten zustehenden Anspruch unabhängig von dem Willen desselben nach eigener Entschließungsmacht prozessualisch

[113] RG. Bd. 52 S. 332.
[114] Hahn S. 41.
[115] Grundbegriffe S. 321.
[116] KO. S. 58.
[117] EG. S. 753.
[118] Gruchots Beitr. Bd. 37 S. 174.

geltend zu machen, so führt er aus, kann auf einem dreifachen Grunde beruhen: auf einem Rechte an einem Anspruch eines Dritten, auf Amtsgewalt, auf Rücksichten prozessualer Zweckmäßigkeit. Der dabei sich ergebende Dualismus zwischen Anspruchssubjekt und Prozeßpartei wird dadurch gelöst, daß die zivilistischen Wirkungen nur die Anspruchssubjekte, die prozessualen Wirkungen dagegen die Prozeßparteien treffen sollen. Ganz ähnlich drückt sich auch Hinze[119] aus, welcher sagt: Partei im formellen und prozessualen Sinn ist eine Person, welche berechtigt ist, den Angriff oder die Abwehr in einem Prozeß aus eigner Entschließung durch prozessuale Handlungen zu beeinflussen. Diese Freiheit der eigenen Entschließungen fällt zusammen mit dem prozessualen Verfügungsrecht. Dieses prozessuale Verfügungsrecht in der Richtung des Angriffs oder der Abwehr ist ein originäres oder ein abgeleitetes, das letztere dann, wenn die Person, welche als Prozeßsubjekt auftritt, nicht identisch ist mit einer der Personen, deren Recht oder Pflicht im Prozeß verwirklicht werden soll. Dieses abgeleitete Verfügungsrecht hat der Konkursverwalter wie auch der Zwangsverwalter und andere Sachwalter fremden Vermögens, der die Parteistellung kraft Amtes besitzt.

b) Beweis der Richtigkeit dieser Theorie.

Der Beweis für die Richtigkeit der aufgestellten Theorie von der Parteistellung des Konkursverwalters, die, wie im vorhergehenden gezeigt worden ist, in Theorie und Praxis so stark vertreten und verteidigt wird, läßt sich unschwer erbringen. Die Hauptstütze unseres Parteibegriffs bildet die mit dem Gesetze übereinstimmende Regelung der Prozeßwirkungen. Die Amtstheorie braucht sich nicht zu scheuen, alle die Folgen, die das Gesetz an die Parteistellung anknüpft, auf ihren Parteibegriff anzuwenden.[120] Sie tritt nirgends in Widerspruch mit den Vorschriften der Zivilprozeßordnung. Auf sie passen die Vorschriften der Zivilprozeßordnung bezüglich der Kostenpflicht, die grundsätzlich die unterliegende Partei trifft (§ 91 ZPO.). In keinem Widerspruch mit

[119] Goltdammers Arch. Bd. 24 S. 268.

[120] And. A. besonders Jaeger, Komm. z. KO. S. 90; Nielsen S. 16; Petersen-Kleinfeller, KO. S. 49 u. a. m.

ihr stehen die Vorschriften über die Unterbrechung des Prozesses infolge Todes der Partei (§§ 239 ff.), über die Ausschließung des Richters und die Zulassung der Zeugnisverweigerung wegen eines Angehörigenverhältnisses zur Partei (§§ 41, 383 ZPO.) und schließlich — und das ist das Wichtigste — über die materielle Rechtskraft in ihrer negativen und positiven Wirkung grundsätzlich unter den Parteien und über die Vollstreckbarkeit.

Wie steht es nun zunächst mit der Kostenpflicht? Petersen[121] sagt, das zuverlässigste Kennzeichen der Parteieigenschaft sei der Umstand, daß die im Prozeß als Partei auftretende Person die Gerichtskosten aus der eigenen Tasche zu bezahlen bezw. vorzuschießen habe und im Falle des Unterliegens zu verurteilen sei, dem Gegner die entstandenen Prozeßkosten aus ihrem eigenen Vermögen zu ersetzen. Dies sei nun bei dem Konkursverwalter nicht der Fall; er bezahle die Prozeßkosten nicht aus seinem eigenen Vermögen, sondern aus dem des Gemeinschuldners, den er vertrete und dem daher auch die Parteistellung zukomme. Diesen Ausführungen schließt sich Eccius[122] an. Doch diese Ansicht ist irrig. Zunächst hat Petersen unrecht, wenn er behauptet, der Gemeinschuldner habe die Kosten des Prozesses persönlich zu tragen. Denn dieser trägt sie nicht, wenn er sie auch tatsächlich empfindet. Dies hat die Konkursordnung ja ausdrücklich geregelt, indem sie im § 58 Abs. 2 KO. schreibt: Massekosten sind:

2. die Ausgaben für die Verwaltung der Masse.

Unter die Ausgaben für die Verwaltung der Masse aber fallen die Prozeßkosten. Der Gemeinschuldner haftet nicht persönlich für die Massekosten, man kann höchstens von einer Verhaftung der Masse sprechen; er könnte folglich nach Petersen-Kleinfeller's eigenen Worten ebensowenig Partei sein. Wenn aber der Konkursverwalter Masseprozesse führt, so ist er eben formelle Partei, und es hat nicht der „Anton Müller“, sondern der „Anton Müller, Konkursverwalter“, die Kosten zu tragen. Und er trägt sie tatsächlich, indem er sie mit Mitteln der Masse begleicht. Insofern verringert zwar die Zahlung der Masseschulden das für die Konkurs-

[121] ZZP. Bd. 9 S. 39.

[122] KO. S. 49.

gläubiger disponible Vermögen um den Wert dieser Schulden, so daß die Gläubiger eine diesem Werte entsprechende geringere Dividende erhalten und demgemäß ihre Forderungen an den Gemeinschuldner in entsprechender Höhe wachbleiben.[123] Nicht die Masseschulden verpflichten also den Gemeinschuldner. Dieser bleibt vielmehr bloß weiter verhaftet für die von ihm selbst gegen die Konkursgläubiger persönlich eingegangenen Verpflichtungen, die Kosten aber zahlt der Konkursverwalter allein, eben in seiner amtlichen Stellung als Verwalter. Natürlich trägt er sie nicht als Privatperson aus seinem eigenen, privaten Vermögen, denn als Privatmann geht ihn der Konkursprozeß nichts an; er trägt die Kosten als amtlich bestellter Verwalter. Dabei versteht sich, daß der Verwalter ausdrücklich als Verwalter prozessiert haben muß, andernfalls haftet das Recht des Gegenkontrahenten nicht an der Masse, sondern vielmehr an der Person des Verwalters nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Müßte der Verwalter in den Konkursprozessen die Kosten als Privatperson aus seinem eigenen Vermögen zahlen, dann würden sich allerdings, wie Fuchs[124] sehr richtig bemerkt, kaum noch Personen als Konkursverwalter zur Führung der Prozesse über Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners finden.

Der Verwalter zahlt also die Kosten eben als Konkursverwalter, und der Gemeinschuldner bleibt bloß weiter verhaftet für die von ihm selbst gegen die Konkursgläubiger eingegangenen Verpflichtungen. Eine Analogie in dieser Beziehung liegt, wie Lippmann[125] sagt, sehr nahe. Der Pfandschuldner, der für die Pfandschuld nur mit dem Pfand verhaftet ist, muß sich die Befriedigung aus dem Pfande durch den Gläubiger gefallen lassen. Aber aus dem Umstande, daß er dies dulden muß, folgt doch nun und nimmermehr eine persönliche Verpflichtung desselben. „Man verwechselt eben Obligation und Haftung, Voraussetzung und Erfolg."

Daß der Konkursverwalter selbst die Prozeßkosten zahlen muß und auch zahlt, geht auch aus dem Gesetz hervor. Denn wenn

[123] So auch Kohler im Arch. f. ziv. Prax. a. a. O. S. 387.

[124] Gruchots Beitr. Bd. 38 S. 587.

[125] Lippmann in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 223.

der § 11 Abs. 2 KO. in negativer Form sagt: Erkennt der Verwalter den Anspruch sofort an, so fallen ihm die Prozeßkosten nicht zur Last, so heißt das in positiver Form doch nur: Der Konkursverwalter hat die Prozeßkosten zu tragen, wenn er den Anspruch nicht sofort anerkennt.

Auch die Vorschriften der Prozeßordnung über die Unterbrechung des Prozesses infolge Todes der Partei (§§ 239 ff.) finden Anwendung. Der Gedanke des Gesetzgebers bei Aufstellung der Unterbrechungsgründe ist der gewesen, daß eine Unterbrechung überall da eintreten sollte, wo ein wirksames Verhandeln vor Gericht wegen Wegfalls einer Voraussetzung desselben nicht mehr möglich ist.[126] Daß der Tod des Konkursverwalters den Prozeß unterbricht, ist ohne weiteres klar, mag man ihn als die eigentliche Prozeßpartei oder nur als gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners oder eines anderen Rechtssubjekts ansehen, letzterenfalls auf Grund des § 241 ZPO., im ersten Falle auch ohne solche Vorschrift. Es fehlt eben eins der Prozeßsubjekte, und der Prozeß muß daher zum Stillstand kommen. Andererseits unterbricht der Tod des Gemeinschuldners oder eines Gläubigers oder einer anderen vertretungsfähigen Person den Prozeß sicher nicht. Das ist erklärlich, wenn der Verwalter als die eigentliche Prozeßpartei angesehen wird, nicht erklärlich dagegen bei der Annahme einer bloßen Vertreterstellung desselben. Abgesehen davon, daß ein praktischer Zweck der Unterbrechung nicht ersichtlich wäre, da die Erben des Gemeinschuldners sich ebensogut wie dieser den Konkurs gefallen lassen müssen und ebensowenig wie dieser in den einzelnen Prozeß hineinzureden haben, müßte man auch von der Annahme ausgehen, daß die gesetzliche Vertretung auch den Erben gegenüber in Kraft bleibe.

Ganz unrichtig ist die Folgerung Petersen's: „Sieht man den Verwalter als Partei an, so müssen bei Todesfall dieser Partei die Erben des Verwalters gemäß §§ 239 ff. ZPO. in den schwebenden Rechtsstreit eintreten". Denn nicht die Erben des Verwalters sind in diesem Falle die „Rechtsnachfolger". Denn auf sie geht nicht die Verfügungsgewalt über das fremde Vermögen über. Rechts-

[126] Fuchs in Gruchots Beitr. Bd. 38 S. 277.

nachfolger ist in diesem Falle vielmehr der neue Konkursverwalter. Denn unter „Rechtsnachfolger" sind die „Rechtsnachfolger in der Sachlegitimation" zu verstehen.[127]

Weiter tritt unsere Behauptung, der Konkursverwalter habe die Parteistellung in den Konkursprozessen inne, nicht in Widerspruch mit den Bestimmungen über die Ausschließung des Richters und die Zulassung der Zeugnisverweigerung wegen eines Angehörigenverhältnisses zur Partei (§§ 41 u. 383 ZPO.). Fragen wir uns zunächst, was diese Bestimmungen überhaupt zu bedeuten haben, aus welcher Ursache sie entstanden sind. Was bedeutet es, daß § 41 Ziff. 3 ZPO. die gesetzliche Ausschließung des Richters von der Ausübung des Richteramts darauf gründet, daß derselbe zur Prozeßpartei in einem bestimmten verwandtschaftlichen Verhältnisse steht? Offenbar ist dies doch nur zu verstehen, wenn man die Partei als am Ausgange des Rechtsstreits selbst interessiert denkt. Denn gerade dieses Interesse ist es, von dem man fürchtet, es könne den Richter, der doch seinerseits wieder durch den seine Verwandten treffenden Vorteil oder Nachteil berührt wird, in der völlig unbefangenen Prüfung der Sachlage beirren und außerdem der Gegenpartei Argwohn in die Unparteilichkeit des Richters einflößen, wodurch einer der sichersten Faktoren einer geordneten Rechtspflege, das allgemeine Vertrauen zu den Organen derselben, gewaltig erschüttert würde. Was bedeutet weiter die Vorschrift des § 383 ZPO.? Auch das Zeugnisverweigerungsrecht gründet sich auf nichts anderes als auf das Interesse der Partei am Ausgange des Prozesses. Wenn man nach § 383 ZPO. einer Person nicht zumutet, solche Fragen zu beantworten, deren Beantwortung ihr oder nahen Verwandten einen vermögensrechtlichen Schaden verursachen oder die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung zuziehen würde, so tritt hierin der Gedanke zutage, daß man den Zeugen nicht in einen Konflikt zwischen seinem eigenen direkten oder indirekten Interesse und seinem Wahrheitsgefühl bringen will.[128] Diese Erwägungen können beim Verwalter nicht in Frage

---

[127] Hahn S. 49.

[128] Otker in JurLitBl. Bd. 2 S. 189 ff.; Stegemann in ZZP. Bd. 17 S. 363 ff.; Hahn S. 33.

kommen. Der Konkursverwalter hat zwar als Privatperson Verwandte und kann als Privatperson in einem Verwandtschaftsverhältnis zum urteilenden Richter stehen, aber nicht als Konkursverwalter. In der Person des Verwalters wird das Verwalteramt verklagt. Mit dem Amte aber kann niemand verwandt oder verschwägert sein.[129] Es herrscht hier genau dieselbe Sachlage wie bei allen Personenverbänden; auch diese können ihrer Natur nach ebensowenig Verwandte haben wie ein Amt.[130]

In keinem Widerspruch mit unserem Parteibegriff stehen weiter die Vorschriften über die materielle Rechtskraft in ihrer negativen und positiven Wirkung und über die Vollstreckbarkeit. Alle Urteile, die in den vom Konkursverwalter geführten Prozessen ergehen, wirken materielle Rechtskraft (§ 322 ZPO.), zwischen ihm als Partei und der gegnerischen Partei, d. h. der Konkursverwalter und die gegnerische Partei sowie natürlich auch das Gericht sind an die Urteile gebunden. Die Urteile bewirken die materielle Rechtskraft nur zwischen dem Konkursverwalter und der gegnerischen Partei, nicht z. B. zwischen dem Gemeinschuldner und der gegnerischen Partei; denn der Gemeinschuldner hat während des Konkursverfahrens mit dem Prozeß überhaupt nichts mehr zu tun. Es wird zwar im Prozeß über sein Eigentum gestritten; denn die Masse bleibt auch während des Konkurses im Eigentum des Gemeinschuldners; aber dieses Eigentumsrecht, das der Gemeinschuldner an der Konkursmasse hat, ist jeden materiellen Inhalts beraubt, weil dem Gemeinschuldner doch gemäß § 6 KO. das Nutzungs-, Verwaltungs- und Verfügungsrecht entzogen ist.[131] Der Gemeinschuldner steht als Fremder vollständig außerhalb des Prozesses, wird von seinen Rechtskraftwirkungen nicht berührt. Auch die Vollstreckbarkeit aus den für und gegen den Verwalter erstrittenen Urteilen findet nur für und gegen den Konkursverwalter statt. Darum lautet das verurteilende Erkenntnis regelmäßig auf den Namen des Konkursverwalters selbst,[132] so daß ohne weiteres gegen ihn als Partei vollstreckt werden kann. Heißt

[129] Lippmann S. 322 a. a. O.
[130] Hahn S. 48.
[131] Henrici S. 338.
[132] Voigt S. 97; Fischer in ZZP. Bd. 10 S. 430ff.

es doch im Rubrum regelmäßig: „In Sachen des A gegen den Rechtsanwalt B als Verwalter im Konkurse des Kaufmanns NN“ anstatt „gegen den Kaufmann NN, vertreten durch den Rechtsanwalt B als Konkursverwalter“. Levy[133] bestreitet, daß der Verwalter im Falle des Unterliegens berechtigt sei, eine zur Masse gehörige Sache herauszugeben. Die Vollstreckung könne gegen ihn nicht stattfinden. Doch diese Behauptung ist falsch. Gemäß § 6 hat der Verwalter ein Verfügungs- und Verwaltungsrecht über die Masse erlangt. Selbstverständlich kann nur gegen den Verwalter als solchen, nicht aber als Privatperson vollstreckt werden. Man kann hier nicht mit Levy entgegnen, daß damit gegen eine Fundamentalregel des Zivilprozesses verstoßen würde, nämlich gegen die, daß niemand ungehört zu verurteilen sei; denn der Gemeinschuldner kann doch, wenn er verklagt wird, selbst gar nicht als Partei auftreten, weil ihm die Sachlegitimation fehlt. Er kann also auch nicht gehört werden. Da man ferner auch nicht verlangen kann, daß die obsiegende Partei so lange auf die ihr im Urteil zugesprochene Leistung wartet, bis die Verwaltung aufgehoben und der Gemeinschuldner zur Sache wieder legitimiert ist, so ist nur anzunehmen, daß der Verwalter selbst in seiner Eigenschaft als Partei dem Urteil genügen kann mit Mitteln des Vermögens, über das er als Verwalter eingesetzt ist, und daß gegen ihn als Partei sofort vollstreckt werden kann. Umgekehrt hat der Verwalter im Falle seines Obsiegens natürlich auch die Berechtigung, die ihm im Prozeß zuerkannte Sache ohne weiteres für die Konkursmasse zu verlangen und event. im Wege der Zwangsvollstreckung für die Konkursmasse beitreiben zu lassen.[134]

Was die Lehre von der Parteistellung des Konkursverwalters unmöglich macht, ist der Umstand, so sagt Nielsen,[135] daß der Verwalter zwar über fremde Rechte walten soll, aber ohne durch ein eigenes Interesse die Grundlage für die Parteistellung zu schaffen. Dieser Einwand ist jedoch nicht richtig. Als ordentlicher pflichtgetreuer Mensch muß der Verwalter zunächst von

[133] Gruchots Beitr. Bd. 37 S. 176.

[134] vgl. Gallinger S. 23 ff.; Hahn S. 41; Stegemann in ZZP. Bd. 17 S. 363 ff.; Oetker in JurLitBl. Bd. 2 S. 189.

[135] a. a. O. S. 21.

selbst schon ein Interesse daran haben, die Prozesse gut durchzuführen. Sollte aber das Gefühl der Pflichttreue allein ihm dieses Interesse nicht abzugewinnen vermögen, so sorgt schon das Gesetz dafür, daß in ihm das nötige Interesse geweckt wird. Es bestimmt im § 82 KO. ausdrücklich: „Der Verwalter ist für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten allen Beteiligten verantwortlich“. Und im § 81 KO. heißt es: „Der Verwalter steht unter Aufsicht des Gerichts“. Das Gericht kann ihn in Ordnungsstrafe nehmen und ihn unter Umständen sogar seines Amtes entheben (§ 84 KO.). Selbstverständlich hat Nielsen recht, wenn er meint, daß der Konkursverwalter als Privatperson kein Interesse an der Abwicklung des Rechtsstreits habe. Denn als solche geht ihn der ganze Prozeß nichts an. Als Privatperson hat er aber auch, wie gezeigt ist, die Parteistellung in den Konkursprozessen nicht inne, sondern nur als Konkursverwalter, und als solcher hat er sicherlich ein großes Interesse an der glatten und guten Abwicklung der Prozesse.[136]

Es kann nicht zugegeben werden, so führt Levy[137] aus, daß die durch irgendeine wirkliche oder vermeintliche Amtsgewalt erteilte Ermächtigung zur Prozeßführung für Ansprüche oder Verbindlichkeiten anderer Personen den Prozeßführer zur Prozeßpartei mache; denn wenn das Amt nicht die Kraft hat, den für sein Mündel Prozesse führenden Vormund zur Partei zu machen, warum sollte es hierzu beim Konkursverwalter imstande sein? Dieser Vergleich der Stellung des Konkursverwalters mit der des Vormundes ist m. E. ganz verfehlt. Denn der Vormund ist nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes der gesetzliche Vertreter des Mündels und wird daher im Prozeß eben als gesetzlicher Vertreter seines Mündels nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Mündels tätig (§ 1739 bezw. § 1630 BGB.). Dem Konkursverwalter aber ist eine solche Stellung vom Gesetze nirgends beigelegt. Er kann in den Konkursprozessen überhaupt nicht der Vertreter irgendeines Rechtssubjekts sein, das die Parteistellung

---

[136] Stegemann in ZZP. Bd. 17 S. 363ff.; Hahn S. 41; Ötker in JurLitBl. Bd. 2 S. 189ff.

[137] Gruchots Beitr. Bd. 37 S. 175.

innehaben könnte; er muß selbständig im Prozeß als Partei auftreten; denn es fehlt an einem Vertretenen. Handelt doch der Verwalter, wie im vorhergehenden klargelegt ist, weder als Vertreter des Gemeinschulders, noch der Konkursgläubiger, noch auch der Masse oder eines anderen Rechtssubjekts. Mithin muß er selbständig handeln lediglich kraft gesetzlichen Auftrags zur Erfüllung der ihm gestellten Aufgaben und somit kraft eigenen Rechts. Diese Meinung vertritt Mitteis,[138] indem er sagt: „Der Konkursverwalter handelt im eigenen Namen und denkt gar nicht an die Vertretung". Ihm folgt eine Reihe anderer Schriftsteller,[139] wie besonders auch Lippmann,[140] dessen Ausspruch hier angeführt sei: „Will man die Formel des nun einmal üblichen Ausdrucks der Vertretung" durchaus festhalten, so möchte ich sagen: „Der Konkursverwalter vertritt nicht eine Person; er vertritt den kategorischen Imperativ der Exekution des Konkursgesetzes, die Forderung, daß die Zwangsvollstreckung nach der im § 3 KO. der Masse gegebenen Bestimmung sich vollziehe; denn jede Vertretungstheorie im Konkurse ist sozusagen nur eine Momentphotographie. Sie ist immer nur für eine einzelne Situation der Entwicklung annehmbar". Die Berufung der Gegner auf die Worte „der Verwalter handelt ‚an Stelle' des Gemeinschuldners usw." ist nicht angebracht; denn damit ist die Vertretung noch nicht offenbar, sondern es ist ebensogut eine Ausübung der Rechte mit eigener Parteistellung des Repräsentanten denkbar und möglich.[141] Sehr treffend führt Voß[142] aus, „der Konkursverwalter habe als amtlich bestellter Geschäftsleiter einen Amtsbesitz ohne Vertretungsabschrift. Er trete durch die Besitznahme nicht in den Dienst eines fremden Rechtssubjekts, sondern in den eines durch die Amtsausübung herbeizuführenden recht-

[138] Stellvertretung S. 5.

[139] Stegemann in ZZP. Bd. 17 S. 330; Fischer-Henle S. 103; Willenbücher S. 27; Korn S. 24; RG. Bd. 29 S. 29 ff.; Fischer, Preuß. PrivR. S. 776.

[140] Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 112 ff.

[141] Thiele im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 82 S. 30 ff.; Lippmann in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 112 ff.

[142] ZZP. Bd. 34 S. 199.

lichen Erfolges. Man habe dieses Verhältnis so aufzufassen, daß dieser rechtliche Erfolg als der nächstliegende und unmittelbare Zweck der Besitznahme sich vorschiebt, und die Frage nach der Persönlichkeit, zu deren Gunsten die Besitzergreifung erfolgt ist, als unerheblich in den Hintergrund drängt. Die Prozeßführung des Verwalters diene unmittelbar den Zwecken der Verwertung und Verwaltung der Masse, ohne daß es deswegen nötig sei, den Gemeinschuldner als diejenige Person ins Auge zu fassen, für welche prozessiert, oder die Konkursgläubiger als die Beteiligten, zu deren Gunsten verwendet werde. Der Zweck des Konkurses werde am besten dann erfüllt, wenn der Verwalter frei handeln könne und nicht als Vertreter tätig zu werden brauche. Man könne dem Verwalter nicht eine Vertreterstellung anweisen, in der er gleichsam mit einem Auge auf den Nutzen der Gläubiger und mit dem andern auf das möglicherweise wiederauflebende Verfügungsrecht des Gemeinschuldners zu sehen hätte". Auffallend bezüglich dieser Vertreterstellung des Verwalters ist, so bemerkt mit Recht Fischer,[143] daß gegen den ständigen Gebrauch der Praxis, den Verwalter im Eingange der Urteile und Beschlüsse in Parteistellung, nicht als Vertreter anzuführen, bis jetzt noch von keiner Seite Einspruch erhoben worden ist. Und mit Recht schließt Fischer deswegen die Frage an: Fürchtet man die heillose Verwirrung, welche entstehen würde, wenn die Gerichte, jedes vom Standpunkte seiner Leibtheorie aus die Bezeichnung der vertretenen Partei fordern wollte? Wir dürfen uns den Worten von Eccius[144] anschließen, „es liege im Konkurse wie bei der Stiftung eine subjektlos zu führende Verwaltung zu einem bestimmten Zweck vor". Allerdings dürfen wir nicht mit Eccius weitergehen, welcher diesen Satz unrichtigerweise teilweise wiederaufhebt, indem er gleich darauf sagt, „es sei ein neues, wenn auch nur fingiertes Subjekt vorhanden, in dessen Vertretung der Verwalter prozessieren solle". Der Verwalter handelt nicht als zivilrechtliche Person in dem Sinne, daß seine Handlungen eine andere beim Konkurse beteiligte Person verpflichteten. Wenn er

[143] ZZP. Bd. 10 S. 430 ff.

[144] Preuß. PrivR. Bd. 1 S. 797 N. 26.

trotzdem als eine Person im Sinne des Zivilrechts anzusehen ist, so ist dies doch nur in der Richtung wahr, daß seine Handlungen im Prozeß zivilrechtliche Verantwortlichkeit, sei es gegenüber dem Gemeinschuldner, sei es gegenüber dem Konkursgläubigern, erzeugen, daß er sich selbst obligiert auf die Möglichkeit eines Regresses. „Die Verantwortlichkeit des Verwalters ist das Surrogat für das Fehlen eines für die Leistung selbst verpflichteten Subjekts.“[145]

Petersen[146] bezeichnet die Ansicht Ötkers[147] als irrig, daß der Verwalter in den gegen ihn erhobenen Aussonderungsprozessen ebensowenig den Gemeinschuldner als die Konkursgläubiger oder überhaupt andere Personen vertrete, sondern lediglich „das eigene Faktum der Besitzergreifung“ und somit solche Prozesse kraft eigenen Rechts als Partei führe. Zweifellos ist aber in Absonderungs- und Aussonderungsprozessen der Verwalter, falls er nicht besitzt, passiv zum Prozeß nicht legitimiert; deshalb kann seine Erklärung, nicht zu besitzen und demgemäß auf das Objekt des Prozesses verzichten zu wollen, nicht als eine Erklärung aufgefaßt werden, die er in Vertretung der Rechte des Gemeinschuldners oder einer anderen Person abgegeben hat. Er gibt damit nur dem Gemeinschuldner die volle Dispositionsbefugnis über die Sache, und zwar notwendig mit der Wirkung, daß der Verwalter die Resultate des diesfallsigen Prozesses gegen sich gelten lassen muß, da dem Prozeßführer eine doppelte Prozeßführung nicht zugemutet werden darf. Besitzt dagegen der Verwalter die Sache und nimmt er infolgedessen den Prozeß auf, so haftet er bezw. die Masse auf Grund seiner eigenen Handlungen, der Besitzergreifung, für die Masse. Er kann dabei nicht in Vertretung für den Gemeinschuldner handeln; denn er schließt eben eine Dispositionsbefugnis des Gemeinschuldners selbst in eben dem Maße aus, wie er sie im entgegengesetzten Falle gelten lassen will.

Wilmowski[148] meint nun, daß Erklärungen des Verwalters in Aussonderungsprozessen dahin, daß er den Gegen-

---

[145] Lippmann in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 112 ff.

[146] ZZP. Bd. 9 S. 39.

[147] Das Verfolgungsrecht S. 64 ff., insbes. S. 71 ff.

[148] KO. 5. Aufl. S. 34.

stand des Aussonderungsanspruchs als nicht zur Konkursmasse bezw. als nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörig anerkenne, für den Gemeinschuldner bindend und deshalb in Vertretung desselben abgegeben seien. Sofern aber der Gegenstand gesetzlich zum konkursfreien Vermögen gehört, kann er diesen überhaupt nicht binden. Was aber die Erklärung des Verwalters betrifft, daß ein Objekt nicht zur Konkursmasse gehöre, so kann, sofern sie nur die Bedeutung haben soll, daß das Objekt nicht zur Konkursmasse gezogen werden solle, dabei von einer Bindung des Gemeinschuldners selbstverständlich nicht die Rede sein, diese Erklärung macht ihn vielmehr frei. Und nur, wenn der Verwalter den Aussonderungsanspruch als existent positiv anerkennt, bleibt auch der Gemeinschuldner gebunden, indessen nur, weil neben der in dieser Weise ausgeübten Dispositionsbefugnis des Verwalters eine weitere des Gemeinschuldners nicht bestehen kann. Somit handelt auch in Aus- und Absonderungsprozessen der Verwalter stets als Partei kraft eigenen Rechts.

Schultze[149] bestreitet die Parteistellung des Verwalters im Feststellungsprozeß. Er folgert aus der Annahme, daß Liquidation einer Forderung im Konkurse Geltendmachung derselben gegen den Gemeinschuldner sei, die gesetzliche Vertretung des Gemeinschuldners. Die Anmeldung stehe der Forderungsklage gleich und könne wie diese nur gegen den Gemeinschuldner gerichtet sein. Parteien im Liquidationsprozeß seien der anmeldende Gläubiger einerseits, der Gemeinschuldner andererseits.[150] Mit Recht wendet sich gegen diese Ausführungen Ötker,[151] indem er behauptet: „Der zuversichtlich ausgesprochene Obersatz: ‚die Forderung wird gegen den Gemeinschuldner geltend gemacht‘ ist in der Tat die Umformung eines zweifellos richtigen Satzes in einen ebenso unrichtigen“. Daß im Liquidationsprozeß eine Forderung gegen den Gemeinschuldner behauptet wird, ist allerdings eine unbestrittene Wahrheit. Aber sollte wirklich die Behauptung, der formelle Akt, die Liquidation, richte sich gegen

---

[149] a. a. O. S. 52.

[150] So auch Fitting, KO. § 12 unter I; Petersen-Kleinfeller zu § 5 Bem. II, 1.

[151] Grundbegriffe S. 314 ff.

den Gemeinschuldner als Gegenpartei, nur ein anderer Ausdruck dieses Satzes sein? Der Teilnahmeanspruch, wie er in dem Liquidationsprozeß geltend gemacht wird, hat eine zweifache Richtung auf Mitbefriedigung und auf Mitbestimmung des Befriedigungsverfahrens. In der letzten Richtung geht der Anspruch jedenfalls nicht gegen den Gemeinschuldner. Aber auch in der ersten Hinsicht begehrt der Liquidant gar nichts vom Gemeinschuldner. Er sucht im Prozeß beim Konkursgericht um Zulassung und zugleich Entscheidung über sein Teilnahmerecht am Konkurse nach.

Im Feststellungsprozeß kann auch der Gemeinschuldner widersprechen. Sein Widerspruch hindert aber nicht die Feststellung zur Tabelle, wohl aber die Rechtsfolge, daß der Titel zur Teilnahme an der Verteilung im Konkursverfahren nach dem Verfahren ein Zwangsvollstreckungstitel gegen ihn wird (§ 164 Abs. 2 KO.). In dieser Bestimmung erblickt Petersen[152] eine Ausnahmevorschrift, während doch in derselben das Prinzip, daß der Konkursverwalter nicht der Prozeßvertreter des Gemeinschuldners, sondern selbst Partei ist, klar zum Ausdruck kommt.[153]

Gerade im Feststellungsprozeß kommt klar zum Vorschein, daß auch eine Person, die nur kraft Amtes, wie der Konkursverwalter, zur Durchführung des im Rechtsstreit verhandelten Rechts berechtigt ist, als Partei gelten muß. Dann wollte man bei der alten Definition des Parteibegriffs stehen bleiben, daß Partei nur das wirkliche, ursprüngliche Subjekt des im Rechtsstreit verhandelten Rechts sei, so würde im negativen Feststellungsprozeß die Aktivpartei fehlen. Denn Subjekt eines nach der Behauptung des Klägers überhaupt nicht existierenden Rechtsverhältnisses kann natürlich niemand sein. In der negativen Feststellungsklage will aber der Kläger einen ihm vom Gesetz gewährten Vorteil erreichen. Dieser Vorteil besteht in der rechtskräftigen Feststellung des Nichtbestehens des vom Gegner behaupteten Rechts.[154]

---

[152] ZZP. Bd. 18 S. 47.
[153] Bunsen in ZZP. Bd. 26 S. 262; Hahn, Mat. S. 344.
[154] Bunsen in ZZP. Bd. 26 S. 209.

Auch im Prioritätsprozeß, im Prozeß um den Vorrang der Forderungen, wird die Stellung des Konkursverwalters durch seine Amtsbefugnis charakterisiert; auch hier ist er Partei und nicht Vertreter eines anderen Rechtssubjekts. Daß er namentlich nicht den Gemeinschuldner vertritt, wird hier besonders klar. Es fehlt der täuschende Schein, der beim Liquidationsprozeß gegen den Verwalter so viele Schriftsteller irregeführt hat. Der Verwalter steht hier nicht gegenüber einem gegen den Gemeinschuldner gewendeten Anspruch zu Recht.[155] Die Prioritätsklage „deduziert nicht die actio mutui etc. in iudicium, sondern greift direkt und unvermittelt den Opponenten an“.

Ebenso klar tritt endlich noch die Parteistellung des Verwalters in den Anfechtungsprozessen zutage. Nach § 36 KO. kann das Anfechtungsrecht allein vom Verwalter ausgeübt werden. Der Konkursverwalter übt im Anfechtungsprozeß dieses ihm durch seine Amtsstellung übertragene Recht selbständig und als Partei aus und vertritt kein anderes Rechtssubjekt in der Ausübung, weder die Konkursgläubiger noch insbesondere den Gemeinschuldner. Letzterer kann in diesen Prozessen niemals Partei sein. Er hat weder im Konkurse noch auch nach Konkursbeendigung das Recht, eine vom Verwalter erhobene Anfechtungsklage weiterzuverfolgen; denn eine solche Klage ist nicht Bestandteil der Konkursmasse, welche nach § 1 KO. das gesamte der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens umfaßt, und sie kann deshalb auch nicht mit dieser Masse auf denselben übergehen.[156]

Zum Schluß unserer Beweisführung soll noch auf einige allgemeine Tatsachen eingegangen werden, die die Richtigkeit unserer Theorie bekräftigen. Beweisbegründend für die Parteistellung des Verwalters ist der Abs. 2 des § 11 KO.: Erkennt der Verwalter den Anspruch sofort an, so fallen ihm die Prozeßkosten nicht zur Last. Der Gemeinschuldner hatte schon früher bestritten. Wenn nun die Rechtshängigkeit des Klageanspruchs unberührt bestehen bleiben soll, müßten die Prozeßkosten den nach Ansicht

[155] Lippmann in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 483 ff.
[156] RG. Bd. 7 S. 35.

der Gegner unserer Theorie durch den Verwalter vertretenen Gemeinschuldner als Partei treffen, im Resultate also doch die Masse, und § 93 ZPO. könnte nicht in Anwendung kommen. Nun soll dies aber gerade der Fall sein, was vollkommen richtig ist, bei der Erwägung, daß es sich bis zur Konkurseröffnung um eine Dispositionsbefugnis des Gemeinschulders über den Prozeßgegenstand handelte, daß aber nach diesem Zeitpunkte die selbständige, den Gemeinschuldner in den Hintergrund schiebende Dispositionsbefugnis des Verwalters in Frage kommt. Wenn auch nicht formell, fängt doch materiell der Prozeß zwischen Kläger und Konkursverwalter von neuem an, und was vorher verhandelt worden ist, gilt zunächst und in Beziehung auf die Prozeßkostenfrage, falls der Verwalter das Bestreiten des Klageanspruchs nicht fortsetzen will, als ein inter alios actum. Für die Parteistellung des Verwalters spricht weiter die Verneinung der Frage, ob der Gemeinschuldner die vor der Konkurseröffnung von ihm angestellt gewesenen, die Aktivmasse betreffenden Prozesse unbedingt wieder übernehmen muß, wenn dieselben während des Konkurses vom Verwalter weitergeführt, indessen bei Beendigung des Konkurses noch nicht erledigt sind. Zweifellos müßte der Gemeinschuldner diese Prozesse übernehmen, wenn der Konkursverwalter nicht als Partei, sondern als Vertreter des Gemeinschuldners und dieser letztere mithin als Partei anzusehen wäre. Dabei wäre es aber doch nur billig, daß auch der Gemeinschuldner, der wieder persönlich in den Prozeß eintreten müßte, eine kurze Frist zur Information hätte; es müßte also eine nochmalige Unterbrechung des Verfahrens eintreten. Davon ist indessen nirgends die Rede. Gemäß § 240 ZPO. soll die durch die Konkurseröffnung gegebene Unterbrechung des Prozeßverfahrens aufhören, einmal, wenn das Verfahren im Laufe des Konkurses von einem Interessenten wiederaufgenommen wird, und sodann, und zwar ispo iure, wenn der Konkurs aufgehoben ist. Diese letzte Alternative trifft zweifellos nur den Fall, daß der Prozeß während des Verfahrens vollständig stillgestanden hat.[157] Daß in solchem Falle der Prozeß nach Beendigung des Konkurses ohne weiteres wieder seinen

---

[157] vgl. Struckmann-Koch N. 3 zu § 218 ZPO.

Fortgang zu nehmen hat, ist begreiflich, daß aber für den hier in Rede stehenden Fall eine ausdrückliche Bestimmung darüber fehlt, wie es mit der Weiterführung des Prozesses gehalten werden solle, kann als Beweis dafür angesehen werden, daß der Gemeinschuldner zur Aufnahme des Prozesses nicht verpflichtet, und also der Konkursverwalter im betreffenden Prozeß nicht als Vertreter des Gemeinschuldners auftrat, sondern selbständig den Prozeß führte, als Partei im Prozeß fungierte.

c) Die Hauptfolgen der Parteistellung des Konkursverwalters.

Hat sich damit in völlig einheitlichem Grundsatze gezeigt, daß in den vom Konkursverwalter, sei es aktiv, sei es passiv, geführten Prozessen der Konkursverwalter kraft seines Amtes Partei ist, so wollen wir uns jetzt noch die Parteistellung des Konkursverwalters insofern vergegenwärtigen, als die praktischen Folgen dieses Ergebnisses in Frage stehen. Eine Hauptfolge der Parteistellung des Konkursverwalters ist zunächst die, daß der Gemeinschuldner in dem Augenblicke, in dem der Verwalter einen zur Konkursmasse gehörigen Prozeß als Partei aufnimmt, mit verbindlicher Kraft für die Konkursgläubiger weder ein Geständnis ablegen, noch einen Parteieid annehmen, noch einen solchen zurückschieben kann. Eine analoge Ausdehnung des § 473 Abs. 3 ZPO. auf den Gemeinschuldner ist, da der Verwalter den betreffenden Eid nicht als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners, sondern als Partei leistet, und da der Gemeinschuldner, weil er gar nicht Partei ist, einen derartigen Eid überhaupt nicht leisten kann, unzulässig.[158] Selbst dann, wenn der Eid dem Beklagten schon vor der Konkurseröffnung zugeschoben oder von dem Beklagten an den Kläger zurückgeschoben wird, kann der Kläger bezw. der Beklagte ihn nicht mehr leisten, wenn inzwischen der Konkurs über sein Vermögen hereingebrochen ist. Führt z. B. A einen Prozeß gegen B und schiebt A in diesem Prozeß dem B den Eid zu, den dieser an A zurückschiebt, und bricht nun, bevor A den zurückgeschobenen Eid leistet, der Konkurs über das Vermögen des A herein, so kann A den Eid, obschon derselbe be-

[158] Maguhn S. 36.

reits vor Konkurseröffnung an ihn zurückgeschoben war, nicht mehr leisten. Denn nach § 240 ZPO. tritt die Unterbrechung des Prozesses[159] mit Eröffnung des Verfahrens sofort ein, und gemäß § 6 KO. verliert der Gemeinschuldner im Moment der Konkurseröffnung die Befugnis, den Prozeß weiterzuführen. Der Gemeinschuldner hört auf, Partei zu sein, und an seine Stelle tritt in die Parteirolle der den Prozeß aufnehmende Verwalter ein. Nur dieser kann als Partei jetzt noch den Eid leisten; denn er ist der Rechtsnachfolger[160] des Gemeinschuldners (§ 445 ZPO.). Dies wird zwar in einer älteren Entscheidung[161] des Oberlandesgerichts Dresden bestritten, indem aus der Lehre von der eigenen Parteistellung des Verwalters gefolgert wird, daß diesem der Eid über Handlungen des Schuldners nicht zugeschoben werden dürfe. Aber in einer neueren Entscheidung[162] hat dasselbe Gericht, weil das erste Ergebnis für die Praxis unannehmbar war, mit Recht anders entschieden, indem es ausführt, im Sinne der Zivilprozeßordnung sei schon „eine Nachfolge in der Rechtsausübung" Rechtsnachfolge.

Anders ist es um die Befugnis des Gemeinschuldners bestellt, wenn der Konkursverwalter die Aufnahme des anhängigen Prozesses ablehnt. In diesem Falle behält der Gemeinschuldner das Recht, den Prozeß selbst, natürlich mit Mitteln seines konkursfreien Vermögens, weiterzuführen. Doch dies wird ihm in manchen Fällen, trotzdem er die rechtliche Möglichkeit zur Weiterführung hat, praktisch nicht möglich sein. Nehmen wir z. B. den Fall, daß der Anspruch, um den es sich handelt, die Summe von 700 Mk. beträgt, der Prozeß also zur Zuständigkeit des Landgerichts gehört und demgemäß Anwaltszwang geboten ist. Der Verwalter lehnt nun die Aufnahme des Prozesses ab, weil er einsieht, daß die Weiterführung für die Masse aussichtslos ist, oder auch aus anderen Gründen. Nun hat der Gemeinschuldner die rechtliche Möglich-

---

[159] Die Unterbrechung nach § 240 ZPO. tritt ein ohne Rücksicht darauf, ob der Gemeinschuldner im Prozeß durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten ist oder nicht. Das ergibt sich, wie Voigt S. 22 richtig andeutet, ohne weiteres aus § 240 ZPO., der die Annahme der Unterbrechung auf § 240 ZPO. nicht erstreckt.

[160] Gaupp-Stein § 445 III; RG. Bd. 53 S. 8ff.

[161] II. Senat v. 7. 2. 1902, Sächs. Arch. Bd. 13 S. 265.

[162] VII. Senat v. 7. 3. 1902, Sächs. Arch. Bd. 14 S. 129.

keit zur Weiterführung des vom Verwalter abgelehnten Prozesses; doch nun lehnt auch der bisherige prozeßbevollmächtigte Anwalt des Gemeinschuldners die Weiterführung des Prozesses ab, weil er im Falle des Unterliegens vom Gemeinschuldner die Prozeßkosten nicht erlangen würde. Ein anderer Anwalt ist vom Gemeinschuldner aus demselben Grunde nicht zu bekommen. Das Armenrecht und infolgedessen auch das Recht auf Beiordnung eines Anwalts zur vorläufigen, unentgeltlichen Wahrnehmung seiner Rechte wird dem Gemeinschuldner verweigert, weil die beabsichtigte Rechtsverfolgung aussichtslos erscheint (§ 114 ZPO.). Ohne Anwalt aber kann der Gemeinschuldner den Prozeß nicht führen. Mithin hat er zwar die rechtliche Möglichkeit, aber die praktische Unmöglichkeit zur Weiterführung des anhängigen Rechtsstreits.

Die Lehre von der Parteistellung des Verwalters bringt auch jene wichtigen Fragen zur Lösung, ob in den Aktiv- und Passivprozessen des Verwalters der Gemeinschuldner als Zeuge vernommen werden oder ob er als Nebenintervenient usw. auftreten kann. Die Lösung der Frage, ob der Gemeinschuldner in den oben bezeichneten Prozessen als Zeuge vernommen werden kann, muß die Vertretertheorie schuldig bleiben. Nielsen,[163] ein Anhänger derselben, gibt deshalb selbst zu, daß die Vertretertheorie bei Beibehaltung des herrschenden Zeugenbegriffes kein befriedigendes Ergebnis liefert. Anders ist die Sachlage bei der Amtstheorie. Der Verwalter ist in den Konkursprozessen Partei; der Gemeinschuldner steht somit außerhalb des Rechtsstreits, er ist als Dritter zu betrachten.[164] Daher kann er ohne Zweifel als Zeuge vernommen werden. Denn Zeuge kann nach der herrschenden Lehre jeder sein, welcher nicht Partei ist.[165] Diese Vernehmung des Gemeinschuldners als Zeuge ist für den Prozeß nicht nur von größter Bedeutung, sondern auch praktisch ein Bedürfnis.[166]

Aus eben denselben Gründen, weil der Gemeinschuldner als

---

[163] a. a. O. S. 106.

[164] v. Wilmowsky-Levy, KO. S. 32 ff.; Fischer, Preuß. PrivR. S. 776; RG. Bd. 29 S. 29 ff. u. a.

[165] Gaupp-Stein, Vormerkung S. 373 mit Zitaten.

[166] RG. Bd. 8 S. 413; Eccius in Rassow-Küntzels Beitr. Bd. 33 S. 737.

Dritter nicht im Prozesse steht, kann derselbe als Nebenintervenient im Rechtsstreit auftreten. Das rechtliche Interesse, das § 66 ZPO. als Voraussetzung für den Eintritt in einen schwebenden Rechtsstreit als Nebenintervenient fordert, ist in den Masseprozessen für den Gemeinschuldner schon in der Möglichkeit eines Zwangsvergleichs, einer eventuellen Einstellung des Verfahrens, besonders aber in der Bestimmung des § 164 Abs. 1 KO. gegeben.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.